Die Haftung des Erben für die Schulden der Erbschaft nach ...

Wilhelm Schaefer



Germany

Die

Haftung des Erben für die Schulden der Erbschaft nach römischem Recht.

130

Von

Dr. Wilhelm Schaefer,
K. Gymnasiallehrer.

Programm

zum

Jahresbericht des K. humanistischen Gymnasiums Speyer
1907/08.

Speyer.
Druck der Dr. Jäger'schen Buchdruckerei.
1908.

May 12, 1921

Literatur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 9. Auflage, Stuttgart 1877.

Bechmann, Die Haftung des Benefizialerben für die Schulden der Erbschaft nach römischem und gemeinem Recht, Inauguraldissertation, Erlangen 1895.

Bernhöft, Zur Reform des Erbrechts, Berlin 1894.

Beuster, Die Rechtsstellung des Benefizialerben den Nachlaßgläubigern gegenüber nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Inauguraldissertation, Rostock 1902.

Birkmeyer, Über das Vermögen im juristischen Sinn, Erlangen 1879.

Böcking, Lehrbuch des römischen Privatrechts, 1. Band, 2. Auflage, Bonn 1853.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, III. Band, 2. Auflage, Erlangen 1886.

Brunck, Betrachtung des Rechtsinstituts des beneficium inventarii, Inauguraldissertation, Erlangen 1890.

Bruns, siehe v. Holtzendorff.

v. **Buchholtz**, Über den Einfluss der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben, Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, 10. Band, Giessen 1837 (Nr. 10).

Butzky, Die Bedeutung der Inventarerrichtung im Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Inauguraldissertation, Greifswald 1901.

Casso, Die Haftung des Benefizialerben nach römischem und heutigem Recht, Inauguraldissertation, Berlin 1889.

Dernburg, Pandekten, III. Band, Berlin 1887.

Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung, 2. Band, Berlin 1825.

Graumann, Die Haftung des Nichtbenefizialerben gegenüber den separierenden Erbschaftsgläubigern, Inauguraldissertation, Erlangen 1896.

Hofmann, Zur Lehre vom beneficium inventarii und von der separatio bonorum, Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, 8. Band, Wien 1881 (Nr. XI).

v. Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, I. syst. Teil, 4. Auflage, Leipzig 1882. II. Teil, Rechtslexikon, 1. Band, 2. Auflage, Leipzig 1875. 2. Band, 3. Auflage, Leipzig 1881.
Hölder, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes, Erlangen 1881.
Huschke, Studien des römischen Rechts. 1. Band, Breslau 1830.
Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 Teile, 4. Auflage, Leipzig 1878/88.
v. Keller, Institutionen, Leipzig, 1861. — Pandekten, Leipzig 1861.
Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.
Kollenscher, Das beneficium inventarii nach justinianischem und heutigem gemeinen Recht, Inauguraldissertation, Würzburg 1898.
Kulmey, Die Haftung des Erben, Inauguraldissertation, Rostock 1897.
Mandry, im Archiv für die zivilistische Praxis, 62. Band, Tübingen und Leipzig 1879.
Mansfeld, Die Rechtswohltat des Inventars und die Stellung der Erbschaftsgläubiger, Inauguraldissertation, Göttingen 1888.
Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermutungen aus dem Gebiete des Zivilrechts, Löhrs Archiv für die zivil. Praxis, 8. Band, Heidelberg 1825 (Nr. X).
Mommsen, Römische Geschichte, Band 1—3, 7. Auflage, Berlin 1881/2.
— Römisches Staatsrecht, 3 Bände, Leipzig 1871/88.
Mühlenbruch, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 41. Teil, Erlangen 1840.
Niebuhr, Römische Geschichte, 1.—3. Teil, Berlin 1827/32; 4.—5. Teil, Jena 1844/5.
Pfaff & Hofmann, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Band, Wien 1877/1887.
Pernice, Marcus Antistius Labeo, 1. Band, Halle 1873.
„ , Vermögen und Universalsuccession, Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 22. Band, München 1879 (Nr. X).
Puchta, Cursus der Institutionen, 3 Bände, Leipzig 1841/7.
„ , Vorlesungen über das heutige römische Recht, 2. Band, Leipzig 1848.
„ , Pandekten, 12. Auflage, Leipzig 1877.
v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, 1. Heft, I. Die Erbschaft vor, in und nach ihrem Übergang an den Erben, Erlangen 1853.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Ausgabe, 5. Band, Göttingen 1833.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 26. 31. 32. Band, München 1872, 1876/7.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Band, Leipzig 1851.

Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel, 3. Teil, 2. Abt., Cassel 1845.

Thibaut, System des Pandektenrechts, 1. Band, 9. Ausg., Jena 1846.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 6. Band, 4. Auflage, Leipzig 1894.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 2. Band, 6. Aufl., Marburg 1854.

Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung, Heidelberg 1861.

Wächter, Pandekten, 2. bes. Teil, Leipzig 1881.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Band, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1891.

Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Auflage, Berlin 1892.

Ausserdem zum Anhang:

Demelius, Über fingierte Persönlichkeit, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 4. Bd., Jena 1861 (Nr. II).

„ , Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, Weimar 1858.

Dworzak, Zur Lehre von der juristischen Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft, Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Haimerl, 11. Band, Wien 1863 (Nr. VII).

Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig 1844.

Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes, Leipzig 1856.

Löhr, Archiv für die ziv. Praxis, 12. Band, Heidelberg 1829.

Marcusen, Die Lehre von der hereditas iacens in ihrem Zusammenhang mit der alten usucapio pro herede, Bern 1883. Dazu die Besprechung von Werner Freund, Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, 6. Band, 1. Heft, Weimar 1885.

Mühlenbruch, Ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 43. Teil, Erlangen 1843.

Pfeifer, Die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und württembergischem Recht, Tübingen 1847.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, Berlin 1840.

„ , Vermischte Schriften, 1. Band, Berlin 1850.

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, 1. Heft. II. Die usucapio pro herede und die in iure cessio, Erlangen 1853. Dazu die Besprechung von Pagenstecher, Krit. Zeitschrift für die ges. Rechtswissenschaft, 1. Band, Heidelberg 1853.

Schirmer, de tribus regulis in hereditate iacente observatis, Vratislaviae 1852.

„ , Die Grundidee der Usucapion im röm. Recht, Berlin 1855.

„ , Handbuch des röm. Erbrechtes, 1. Teil, Leipzig 1863.

Schroeter, Zur Lehre von den bona vacantia, Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, 10. Band, Giessen 1837 (Nr. 3).

Stintzing, Das Wesen von bona fides und iustus titulus in der röm. Usucapionslehre, Heidelberg 1852.

Unger, Zur Lehre von den juristischen Personen, Krit. Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 6. Band, München 1859 (Nr. 9).

Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.

„ , Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit, Krit. Überschau der deutschen Ges. u. Rechtsw., 1. Band, München 1853 (Nr. VIII).

Die Haftung des Erben für die Schulden der Erbschaft nach römischem Recht.

I. Die Haftung des Erben im voriustinianischen Recht.

§ 1. Die unbeschränkte Haftung und ihre Begründung.

Länger als tausend Jahre galt bei den Römern der Grundsatz, daß der Erbe den Gläubigern des Erblassers für die Erbschaftsschulden unbeschränkt d. h. über den Bestand der Erbschaft hinaus mit dem eigenen Vermögen hafte.[1])

Die herrschende Meinung[2]) erklärt diese Haftung des

1) für den heres l. 8 pr. D. de a. v. o. h. 29,2 hereditas autem quin obliget nos aeri alieno etiamsi non sit solvendo plus quam manifestum est l. 28 D. de reb. auct. iud. poss. 42,5, l. 21 § 1 D. de neg. gest. 3,5; für den bon. possessor l. 119, 138, 165 D. de v. s. 50, 16, l. 1 D. de bon. poss. 37,1.

2) außer den bei Birkmeyer p. 256 N. 595 Angeführten: Mühlenbruch 43. Bd. p. 2, Sintenis III § 185 p. 520, Schirmer Handbuch I § 2 p. 10, Keller Pand. § 534 p. 1000, Dernburg III § 169 p. 339, Hofmann p. 556 N. 2, Bruns in in Holtzendorffs Encyplopädie I § 95 p. 524/6, Schütze ebenda im Rechtslexikon s. v. Universalsuccession, Wächter § 269 p. 662, Unger § 2 N. 3 p. 8/9 u. § 40 p. 164, Koeppen Lehrbuch § 1 p. 28, Mansfeld p. 3, Brunck p. 1 Graumann p. 5, Kulmey p. 7/8, Kollenscher p. 5/6, Butzky p. 11. Die von Puchta gegebene Konstruktion der Universalsuccession, nach welcher ihr Gegenstand die fortdauernde vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers ist, ist heutzutage abgelehnt (siehe Anhang). Über andere Begriffe zur Erklärung der Universalsuccession: Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben cf. Hofmann p. 563, Pfaff-Hofmann Comm. II. p. 6 u. Bruns § 95 p. 525, die Personeneinheit zwischen Erblasser und Erben cf. Bruns a. a. O., die Erbfolge als Nachfolge in das Recht an dem hinterlassenen Vermögen (dominium hereditatis cf. Pfaff-Hofmann Comm. II p. 6/8, dagegen Krasnopolski Krit. Viertelj. 22. Bd. p. 272/3.

Erben als die unmittelbare Folge der Universalsuccession. Indem sie unter hereditas im objektiven Sinn die universitas der activen und passiven Vermögensrechte versteht, läßt sie den Erben zuerst in die Einheit und durch sie (per universitatem) in die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten eintreten.

Hofmann[1]) bemerkt hiezu, es sei ein sehr verbreiteter Irrtum, als ob Universalsuccession und unbeschränkte Haftung des Erben notwendig zusammenhingen. Die Universalsuccession lasse sich auch anders denken. Entscheidend sei, wie man die Schulden auffasse. Die römischen Juristen allerdings hätten sich die Schulden als negative Bestandteile des Vermögens gedacht, eine Vorstellung, welche der Haftung keine Grenze setze. Ebenso sagt Mansfeld (p. 3): „Der Vermögensbegriff des römischen Rechts war der der Einheit von Aktiva und Passiva, die römische Universalsuccession also uno actu Eintritt in das Vermögen eines Verstorbenen als Einheit von Activa und Passiva. . . . . Die unbeschränkte Haftung ist also nicht Konsequenz der Universalsuccession schlechthin, aber Konsequenz der römischen Universalsuccession.“

Pernice[2]) hat darzulegen versucht, daß zunächst die Erbschaft nur die universitas der Activa gewesen sei; allmählich aber habe man die Schulden auf Grund einer positiven Vorschrift der 12 Tafeln als Teile der Erbschaft aufgefaßt. Im Beginn der Kaiserzeit sei dieser Vermögenscharakter „im wesentlichen theoretisch anerkannt und im einzelnen praktisch durchgeführt gewesen.“

Brinz hat mit Recht die ideelle Einheit der Erbschaft verworfen und die Behauptung aufgestellt, der Erwerb per universitatem besage nur, daß alles zusammen oder auf einmal, nicht daß das Ganze oder die Einheit zuvor und die Teile nachher erworben werden. Aber auch ihm ist die Erbschaft ein Komplex der activen und passiven Vermögens-

1) H. p. 556/7 u. Pfaff-Hofmann Comm. p. 6/8.

2) P. Labeo p. 323 ff. Kr. Viertelj. p. 258/9.

rechte, die Schuldenhaftung also Folge der Succession in dieses Vermögen.[1])

Dagegen haben andere die Herleitung der unbeschränkten Haftung aus dem Begriff der Universalsuccession angefochten, indem sie teils gegen den zugrunde gelegten Vermögensbegriff teils gegen den Begriff und die Wirkung der Universalsuccession Einwendungen erhoben.

Birkmeyer, der nicht nur an der Universitasnatur der Erbschaft festhält, sondern sie sogar dem Vermögen überhaupt zuerkennt (p. 122), hat mit Recht behauptet, die Schulden seien auf keiner Entwicklungsstufe Teile dieser Universitas gewesen, und die Schuldenhaftung des Erben auf

---

1) Brinz III. § 537 p. 2 A. 2, p. 4; dagegen Birkmeyer p. 30 ff., Pernice Kr. V. p. 266, Bruns a. a. O. § 95 p. 525/6. Per universitatem (= durch Zusammenfassung) bedeutet, daß die einzelnen Erbschaftsrechte im Erwerbsakte zusammengefaßt sind, daß durch einen Akt alle einzelnen Vermögensrechte, wie sie der Erblasser hatte, auf den Erben übergehen. cf. außer den von Birkmeyer p. 83 zitierten Stellen Gai. epit. II 2 § 1 per universitatem hoc est omnia simul bona acquirimus hereditate, emtione, adoptione, quia is, quem adoptaverimus, si sine patre est, cum omnibus bonis suis ad nos transeat. Theoph. paraphr. zu § 2 J. de reb. incorp. 2,2 *ὥστε ἀθρόως τὴν ἑτέρου λαμβάνειν περιουσίαν* u. besonders zu § 6 J. per quas pers. 2,9 *ἀλλ' αὗται μὲν ἰδικαὶ λέγονται κτήσεις, ἐπειδὴ ἕν τί ἐστι τὸ γινόμενον καὶ ἓν ὑπὸ τὴν ἡμετέραν δεσποτείαν ἔρχεται πρᾶγμα. εἰσὶν ἄλλαι κτήσεις αἱ λεγόμεναι καθομάδα, ἐν αἷς ἓν μέν τί ἐστι το γινόμενον, πολλὰ δὲ ὑφ' ἓν ὑπὸ τὴν ἡμετέραν δεσποτείαν γίνεται πράγματα.* Insofern die einzelnen Vermögensrechte nicht einzeln durch entsprechende Erwerbsakte, sondern alle gleichzeitig durch einen Akt erworben wurden, konnte wohl gesagt werden, daß die einzelnen Vermögensrechte für den Erwerb nicht als einzelne, sondern in der Zusammenfassung als Komplex erscheinen. In diesem Sinne wird die Erbschaft als universitas den res singulae gegenübergestellt. Immerhin ist die Bezeichnung der Erbschaft als universitas nicht so häufig als man anzunehmen scheint. Von den 9 Pandektenstellen, in denen nach Birkmeyer p. 31/2 A. 107/8 die Erbschaft bez. das Vermögen universitas genannt wird, stammen 7 von Ulpian, je 1 von Africanus, der vorsichtig nur von universitatem quandam spricht, und Tryphoninus. Damit steht wohl im Zusammenhang, daß Ulpian der Hauptvertreter der Lehre von der hereditas iacens domina ist (s. Anhang). Er betonte die Zusammengehörigkeit und Selbständigkeit der Erbschaft. Diese zusammengehörige Masse ist aber keine ideelle Einheit, sondern ein durch die gemeinsame causa hereditaria verbundener Komplex.

positive Bestimmung des Zwölftafelgesetzes zurückgeführt (p. 181/289).[1])

Windscheid[2]) erkennt demgegenüber an, daß das römische Recht dem Erben die Schulden nicht „in logischer Konsequenzmacherei, etwa so: Der Erbe bekommt das hinterlassene Vermögen, im Vermögen sind auch die Schulden enthalten, also trägt er die Schulden“ aufgebürdet habe. Die positive Bestimmung der 12 Tafeln habe, wenn sie überhaupt den Übergang und nicht bloß die Verteilung der Schulden unter eine Mehrheit von Erben anordnete, nur Gewohnheitsrecht wiederholt. Jedenfalls aber seien durch den von den 12 Tafeln anerkannten Rechtssatz die Schulden mit dem hinterlassenen aktiven Vermögen in einen so engen Zusammenhang gebracht worden, daß sie für die rechtliche Behandlung mit demselben eine Einheit bildeten.

Bechmann (p. 4/6) anderseits betrachtet als Konsequenz der Universalsuccession nur, daß der Erbe den Verpflichtungen des Erblassers nachkomme, „welche und soweit sie der Erblasser habe erfüllen müssen.“[3]) Nach seiner Ansicht war der Rechtssatz der unbeschränkten Haftung entweder in einer nicht enthaltenen Bestimmung des Zwölftafelgesetzes aufgestellt oder älter als das geschriebene Recht (Gewohnheitsrecht); seinen inneren Grund sieht er in der vermögensrechtlichen Gestaltung der alten römischen Familie.

Auch Bernhöft (p. 32/4) hat darauf hingewiesen, daß der Begriff der Universalsuccession, wie er heute allgemein gefaßt werde, unrömisch sei. Der Satz „heres succedit in universum ius defuncti“ habe den römischen Juristen nicht als Rechtssatz, sondern nur als Rechtsregel gegolten, die

---

1) Gegen B. Mandry p. 361/3, Pernice K. V. 233/66, Hofmann 557 A. 2, Brinz III § 358 A. 9 p. 5, Koeppen L. § 1 p. 42/3, Dernburg I § 22 p. 49 A. 7 meint, daß nur zuweilen unter Vermögen bloß das aktive Vermögen, in der Regel die nach Abzug der Passiva übrigbleibende Summe verstanden wurde. Mansfeld p. 3 gibt die Erschütterung der herrschenden Lehre durch B. zu. Unentschieden Casso p. 5.

2) Wi. III § 528 A. 4 p. 3/4.

3) cf. auch Bruns a. a. O. § 97 p. 529.

eine Reihe juristischer Erscheinungen unter einen Gesichtspunkt zusammengefaßt habe, aber deshalb keineswegs nach allen Richtungen hin zur Anwendung gekommen sei. Am meisten widerspreche die Behandlung der Schulden dem Begriffe der Universalsuccession. Die 12 Tafeln hätten nur vom Übergang der Buchforderungen (nomina) gesprochen. Nur diese hätten nach der damaligen Anschauung auf dem Vermögen gelastet und seien daher auf den Erwerber des Vermögens übergegangen, für Deliktsschulden habe allein die Person gehaftet und deshalb seien sie mit ihrem Tode weggefallen. Später als das Verkehrsbedürfnis die Haftung für die Deliktsschulden verlangt habe, sei nicht der Begriff der Universalsuccession, sondern der ungerechtfertigten Bereicherung auf sie angewendet worden.

Das Prinzip der römischen Universalsuccession im Sinne der Gegner könnte nur als eine Folgerung aus gegebenen Rechtswirkungen, nicht als Ursache dieser angesehen werden. Indes erstrekte sich zu keiner Zeit die Universalsuccession weder bei der Erbfolge[1]) noch in anderen Fällen auch auf die Schulden. Dies beweist:

1. Die historische Entwicklung des Vermögens und der Erbschaft bei den Römern.

2. Die Natur der römischen Universalsuccession, wie sie aus den übrigen Universalsuccessionen ersichtlich ist.

Der Erbe erwirbt vielmehr die Aktiva per universitatem, seine unbeschränkte Haftung aber gründet sich vor dem Zwölftafelgesetz auf Gewohnheitsrecht, seitdem auf stillschweigende Anordnung des Gesetzes.

1. Das Vermögen des römischen Bürgers der ältesten Zeit bestand nur aus Eigentumsrechten an körperlichen,

---

1) Pernice K. V. 251 ff. erklärt, die Frage, ob die römischen Juristen die Schulden zu den bona rechneten, sei nicht zutreffend gestellt. Man müsse vielmehr fragen, ob sie nicht in gewissen Fällen alle geldwerten Beziehungen eines Menschen als Ganzes (nicht als Einheit) zusammengefaßt hätten (p. 251). Die Einrechnung der Schulden bei der Erbfolge beweise deren sonstige Zugehörigkeit zum Vermögen noch nicht. Das Wort „Vermögen" könne bald die Berechtigungen allein, bald die Verpflichtungen mitbezeichnen cf. auch Mandry a. a. O. Doch wird sich zeigen, daß auch die hereditas die Schulden nicht umfaßte.

beweglichen Sachen, in der Hauptsache aus Sklaven und Vieh. Nach Mommsen[1]) hat sich der Eigentumsbegriff an dem beweglichen Vermögen entwickelt. Als Beweise führt er einige Zeugnisse späterer Autoren[2]) an, daß das Vermögen anfänglich nur in Vieh und Bodenbenutzung bestand und erst später das Land unter die Bürger zu Sondereigentum aufgeteilt wurde, dann besonders die älteste Bezeichnung des Vermögens und der Erbmasse als familia pecuniaque (Sklaven- und Viehstand)[3]) und des Sonderguts von Hauskindern und Sklaven als Schäfchen (peculium), das mancipium (Handgriff)[4]) für Begründung des Eigentums und Klage bei Rückgabe des Eigentums und das älteste Maß des von Romulus ausgeteilten Eigenlandes (heredium) von 2 iugera, das wegen des für die Ernährung einer Familie nicht ausreichenden Ertrages nur Gartenland, nicht Hufe gewesen sein könne.

Mommsen[5]) neigt der Ansicht zu, daß der Ausschluß der Immobilien vom Personaleigentum die erste, die Beschränkung auf das Erbgut die zweite Stufe der Entwicklung gewesen sei. Doch läßt er die Möglichkeit, daß bei den Begüterten dieser Epoche der Sklaven- und Viehstand mehr bedeutete als der Hofgarten und dieser nur darum in den Formeln zurücktritt.

Die römische Mark aber zerfiel in ältester Zeit in einzelne Geschlechterbezirke. Das Ackerland wurde gemein-

1) M. R. Staatsrecht III 1 p. 22 ff., R.G. I p. 183 ff.

2) Dazu Servius in Bucol. 1, 33; Varro de l. lat. V 95.

3) cf. Die etymologische Ableitung von familia bei Roßbach. Untersuchungen über die römische Ehe p. 14 und Walde, lat. etym. Wörterbuch (Heidelberg 1906) s. v. famulus: „famulus alat. famul Diener, familia Gesinde, die ganze Hausgenossenschaft (Freie und Sklaven); wohl ablautend zu altindisch dháman „Wohnstätte“ (zu Wurzel dhé setzen, legen), famulus also der zum Haus Gehörige. Die lateinische Bedeutung von Familie ist erst aus der Sklavenschaft entwickelt.“ So auch Mommsen R. Staatsrecht III_1 p. 22. R.G. I p. 184. Pernice Labeo p. 323 N. 2 u. A. 1., Marcusen p. 15. — pecunia nach Walde idg. peku ist zunächst das durch seine Wolle nützliche Haustier, besonders das Schaf (zu pecto). Irrigerweise versteht Puchta J. § 304 p. 228 A. a. unter pecuniaque die Obligationen.

4) cf. Gaius I § 120, Isidor. Hisp. orig. V 25, 30.

5) M. St.R. III 1 p. 24.

schaftlich nach Geschlechtsgenossenschaften bestellt und erst der Ertrag unter die einzelnen dem Geschlechte angehörigen Häuser verteilt.[1]) Später wurde das Land zu Sondereigentum aufgeteilt und zwar der Sage nach von Numa.[2]) Sicherlich setzte die servianische Verfassung die Aufteilung voraus.[3]) Durch die Zuweisung privaten Ackerlandes wurde der Begriff des Vermögens und der Erbschaft um die Immobilien bereichert. Die Bezeichnung familia pecuniaque umfaßte nunmehr auch sie und die mancipatio ward auf sie angewendet. In diesem Sinne steht familia pecuniaque im Mancipationstestament.[4]) Dasselbe bedeutet

1) Mommsen R.G. I p. 35, 183; St.R. III$_1$, p. 24/8.

2) Mommsen R.G. I p. 184 A. St.R. III$_1$ p. 25 A. 1. cf. auch Festus sub Termino und sacratae leges.

3) Mommsen R.G. I p. 161 ff., 185.

4) Pernice Labeo p. 324 Nr. 2 schließt, daß in der ältesten Formel des Mancipationstestamentes die Grundstücke nicht erwähnt wurden. Diese sei beibehalten worden, als später Grundstücke mitübergingen, sie also auf den Inhalt der Erbschaft nicht mehr paßte. Indes zeigt einerseits die obige Entwicklung, daß der Begriff familia schon frühzeitig die Grundstücke einschloß, andrerseits sprechen 2 Gründe dafür, daß das testamentum per aes et libram keiner sehr frühen Periode angehört. 1. Mußte die mancipatio eine lange Entwicklung durchgemacht haben, bis sie als Testamentsform angewendet werden konnte. Hier ist, wie Ihering Geist d. r. R. II$_2$ p. 528 sagt, das Scheingeschäft zur 2. Potenz erhoben (Anders Hölder III p. 52). 2. Die Stellung des testamentum per aes et libram in der Geschichte des röm. Testaments weist nicht in die älteste Zeit zurück. Es ist neben dem test. calatis comitiis, das vor dem Zeugnis gebenden Volk ohne Adoption errichtet wurde, und dem t. in procinctu (das vor dem exercitus gemacht wurde cf. Festus s. v. procinctu) aus dem Bedürfnis erwachsen und hat die beiden älteren nur langsam verdrängt. (Gaius II 101/9, Ulpian XX 1—10, Theoph. paraphr. zu § 1 J. de test. ord. 2, 10.) Man wird annehmen dürfen, daß beide Testamente erst dann veralteten, als das testamentum per aes et libram auf bequemere Art den gleichen rechtlichen Erfolg erzielte. Zur Zeit des Aufkommens des test. per aes et libram nun war die Erfüllung des letzten Willens ganz in die fides des amicus gestellt, ein rechtlicher Zwang fehlte. Weder das Zwölftafelgesetz noch ein anderes hat das testamentum per aes et libram direkt bestätigt (Gaius: accessit ohne Angabe des Ursprungs). Aber 2 Sätze der 12 Tafeln, der über die mancipatio und die Testierfreiheit, wurden von der Jurisprudenz kombiniert um dem Mancipationstestament rechtliche Kraft zu verleihen (cf. Hölder III 62/71, Mommsen St.R. II$_1$ p. 37 A. 2). Das Mancipationstestament mit fiduciarischem Charakter mag wohl schon vor den 12 Tafeln aufgekommen sein (Hölder III p. 56 A. 7), es dürfte aber kaum zurückreichen in die frühe Zeit, in der die Grundstücke noch nicht zum Personalver-

familia allein in der Bezeichnung familiae emptor[1]), in den Bestimmungen der 12 Tafeln über die Intestaterbfolge[2]) und in der aus den 12 Tafeln hervorgehenden actio familiae erciscundae.[3]) Ebenso findet sich pecunia allein in den 12 Tafeln für das Vermögen des furiosus.[4])

Wie familia so bedeutete auch hereditas zunächst nur den Komplex der Eigentumsrechte an beweglichen, später beweglichen und unbeweglichen Gegenständen. Die Etymologie der Römer, welche das Wort von herus = dominus (Herr) ableiteten,[5]) so daß hereditas „das Herrschaftsgebiet" bedeuten würde, sagt nur, daß die Masse aus Activa besteht;[6]) aber die technischen Ausdrücke, der alte: adire hereditatem[7]) und die jüngeren mit dem prätorischen beneficium abstinendi zusammenhängenden: se immiscere here-

mögen zählten. Huschke I p. 248 versteht unter familia die vermögensrechtliche Persönlichkeit, unter pecunia das Vermögen des Mancipanten. Schulin, Das griech. Testament verglichen mit dem römischen (Basel 1882), meint, die für das sog. Mancipationstestament bestehende althergebrachte Form sei ursprünglich gar keine Mancipatio gewesen und erst in später Zeit, als sie nicht mehr verstanden wurde, der mancipatio, mit welcher sie von jeher Ähnlichkeit gehabt habe, näher gebracht und schließlich vollständig mit ihr identifiziert worden (p. 55).

1) Auch Gaius II 101 ff. gebraucht ständig familia für familia pecuniaque der Formel.

2) Bruns tab. V 4, 5.

3) l. 1 pr. D. h. t. 10, 2.

4) Bruns tab. V 7 a.

5) § 7 J. de her. qual. et diff. 2, 19 veteres heredes pro dominis appellabant; Festus s. v. heres; Ihering G. I. 110 A. 11, II, p. 162 A. 216 leitet heres nach Lange von sanskrit hr nehmen (χεῖϱ) ab. Anders neuestens Walde: heres (verwandt mit gr. χῆϱος beraubt, χήϱα Witwe, χωϱίς getrennt, χωϱίζω trenne, χῆτος Mangel zu ghe verlassen, leer sein. 2. Silbe e-d(o) Erb-empfänger, e Präp. = in + d(o) zu lat. dare.

6) In scharfem Gegensatz zu familia und hereditas steht aes alienum das fremde Geld, die Schulden.

7) So schon in der alten Cretionsformel: eam hereditatem adeo cernoque. Hölder VII p. 133 A. 5 faßt adire im Sinne von „sich einer Sache unterziehen" und meint, daß hierin die Übernahme der erbschaftlichen Verpflichtungen ausgedrückt sei. Indes bezeichnet adire das Herantreten (cf. Antreten) an eine bisher fremde, entfernte, das se immiscere das Einmischen in eine an Ort und Stelle befindliche Masse.

ditati und abstinere hereditate weisen auf einen körperlichen Bestand der Erbschaft hin.

In dieser Zeit waren also Vermögen und Erbmasse identisch — ein Komplex von Eigentumsrechten. Und weil das Eigentum sich in der vollkommenen Beherrschung des körperlichen Gegenstandes äußert, so identifizierte die naive Anschauung Gegenstand und Recht. Darum sprach man statt von Eigentumsrecht einfach von res und corpus, eine Verwechslung, welche von den römischen Juristen nie aufgegeben wurde.[1])

Der Güterverkehr vollzog sich in ältester Zeit durch sofortige Erfüllung des Geschäftes von beiden Seiten durch Tausch, später Kauf.[2]) In der Folgezeit kam man dazu auch zu leisten unter Vereinbarung künftiger Gegenleistung. Ein solcher Vertrag war einzig und allein auf Treu und Glauben (fides) des Schuldners gebaut.[3]) Dieser haftete mit seiner Existenz, der physischen wie der rechtlichen, für die Erfüllung seiner Verpflichtung. Eine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners unter Umgehung des Angriffs auf seine Person war nicht möglich.[4]) Insofern war der Gläubiger vom guten Willen des Schuldners abhängig. Daraus erklärt sich die grausame Exekutionsmaßregel der 12 Tafeln gegen den Schuldner (zunächst gegen den nexus, der die Verpflichtung durch einen Akt per aes et libram vor Zeugen auf sich genommen hatte, außerdem gegen den iudicatus (tab. III 1) und den pro damnato erachteten Schuldner (indefensus, confessus tab. III 1).[5]) Der Gläubiger konnte, mit der manus iniectio beginnend[6]), unter Einhaltung der vorgeschriebenen Maßregeln bis zur Tötung oder zum Verkauf ins Ausland schreiten[7]) — eine Mehrzahl von Gläu-

---

1) cf. Ihering G. II_2 p. 435/6. Pernice Labeo 315 N. 2, 318 N. 5, 326 N. 5. Birkmeyer p. 143/158.

2) cf. Ihering G. II_2 p. 537 ff.

3) Gellius XX_1 39/55, Liv. VIII_{28}, creditor = Gläubiger.

4) Puchta J. II § 179 p. 210. Liv. VI 27 § 3. 8; 34 § 2.

5) Puchta J. II. § 162 p. 85.

6) tab. III 2, Gaius IV 21 ff.

7) tab. III 3–5.

bigern auch zur Verstümmelung.[1] Erst mit der Vernichtung der Persönlichkeit — der physischen oder rechtlichen — wurde das Vermögen des Schuldners Eigentum des Gläubigers.[2] Ebenso fielen ihm die Kinder anheim, indem die Tötungs- und Verkaufsbefugnis des Vaters auf ihn überging.[3] Die Schulden ruhten also zur Zeit der 12 Tafeln nicht auf dem Vermögen, sondern auf dem Leib des Schuldners.[4]

Dieses persönliche Band, durch welches der Schuldner dem Gläubiger verhaftet war, die Forderung, konnte der „an der äußeren Erscheinung klebenden Auffassung“ nicht als Vermögensrecht gelten. Hatte doch der Gläubiger nichts Faßbares in der Hand. Daher gehörte sie nicht zur familia der 12 Tafeln; die actio familiae erciscundae bezog sich auf die Obligationen nicht.[5] Aber im Interesse des Kredits erschien es den Römern billig[6]), daß die Forderungen und Schulden auf den Erben übergingen. Der Übergang der Schulden auf sui war um so natürlicher, als sie ja bei Lebzeiten des pater familias mittelbar hafteten.[7] Ihre

1) tab. III 6 und die von Bruns dort zitierten Stellen: Das partis secanto ist vielfach von der sectio bonorum verstanden worden (bei Gellius XX 18/20 nur im Vergleich), neuestens wieder von Hölder I p. 18 A. 10; dagegen mit Recht außer den bei Bruns a. a. O. Genannten Ihering I p. 134, II 1 p. 153/5, Hofmann p. 560/1, Mommsen R.G. I, p. 153. Die schreckliche Strafe soll vor Bruch der fides abschrecken, wie Gellius XX 50/52 ausführt; sie war also gegen den böswilligen Schuldner gerichtet; daß sie nie zur Anwendung kam, ist überliefert (cf. Bruns zu tab. III 6), von Niebuhr R.G. II p. 670 bezweifelt.

2) so Hölder I p. 17/19 gegen Puchta J. II § 179 p. 212/3 und Huschke Nexum p. 86.

3) so Hölder I p. 17/19 gegen Pernice K. V. p. 258 A.

4) cf. die athenischen Zustände vor Solon. Arist. *πολ. Ἀθ.* c. 2 *καὶ [εἰ μὴ] τὰς μισθώσεις (ἀπ)οδιδοῖεν, ἀγώγιμοι καὶ αὐτοὶ καὶ οἱ παῖδες ἐγίγνοντο καὶ οἱ δανεισμοὶ πᾶσιν ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἦσαν μέχρι Σόλωνος.* Ebenso c. 6, 9, 12.

5) l. 2 § ult., l. 4 D. pr. fam. erc. 10,2.

6) Dernburg III § 55 p. 94, Bechmann p. 5.

7) cf. Hölder I. p. 14: „Wie aber bei Lebzeiten des Schuldners seine familia dem Gläubiger lediglich als Appendix seiner Person haftete, so haften auch bei Hinterlassung persönlicher Angehöriger die Nachlaßsachen nicht für sich, sondern indem sie haften als Stücke der nachgelassenen familia des Verstorbenen, ist ihre Haftung enthalten in der Haftung der das rechtliche Dasein des Verstorbenen fortsetzenden Hinterbliebenen."

Haftung verwandelte sich also nur aus einer mittelbaren in eine unmittelbare. Wurde aber ein extraneus Erbe, so verlangte wieder die Billigkeit, daß er, der den Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen verhinderte, ihnen gegenüber die Stelle des Erblassers vertrat.[1]) Sicherlich war diese auf Aequität beruhende Schuldenhaftung des Erben längst vor den 12 Tafeln Gewohnheitsrecht.[2])

Da nun einerseits zur Zeit der 12 Tafeln die Obligationen nicht zum Vermögen gehörten, also nicht in ihm auf den Erben übergingen, andrerseits aber vererblich sein mußten, so sucht man die Anordnung des Übergangs in den 12 Tafeln. Zwar führen Diocletianus und Maximianus l. 7 C. de act. hered. 4, 16 und Just. l. 22 § 14 C. de iur. del. 6, 30 die Haftung des Erben auf die 12 Tafeln zurück, ob aber der Übergang der Obligationen ausdrücklich oder stillschweigend in diesem Gesetze festgelegt war, geht daraus nicht hervor. Dagegen ist überliefert, daß nach den 12 Tafeln die Forderungen (nomina)[3]) in portiones hereditarias, die Schulden pro portionibus quaesitis singulis ipso iure geteilt seien.[4]) Manche[5]) haben nun angenommen, daß die 12 Tafeln nicht nur die Teilung sondern auch den Übergang der Obligationen durch einen besonderen Satz angeordnet hätten. Hölder[6]) dagegen meint, daß sie nur die Geteiltheit der nomina bestimmten um die bisherige soli-

---

1) cf. Bechmann p. 6.

2) so Windscheid P. III p. 4 A. 4. Pernice K. V. p. 257 nimmt für die Zeit vor den 12 Tafeln nur eine sittliche, keine rechtliche Pflicht an.

3) Manche verstehen unter nomina unrichtig Forderungen und Schulden. cf. Birkmeyer p. 136/138, Bruns zu tab. V 9. l. 34 § 1 D. de leg. et fid. 32.

4) cf. für die nomina: l. 6 C. fam. erc. 3,36 ea quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt; l. 25 § 9 D. fam. erc. 10,2, l. 1 C. de except. sive praescr. 8,35(36); für das aes alienum: l. 26. C. de pactis 2,3 ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum, l. 25 § 13 D. fam. erc. 10,2, l. 1 C. si cert. pet. 4,2.

5) Pernice Labeo p. 326 N. 4, dazu K. V. p. 257, anschließend Birkmeyer p. 146 A. 435, p. 271 A. 626; Puchta J. III § 306 A. a. p. 228, Hofmann p. 563 unter Berufung auf l. 7. C. de act. her. 4,16.

6) H. II p. 29 und A. 10. Dagegen Pernice K. V. p. 258 A., der an eine Haftung nach Köpfen denkt.

darische Haftung sämtlicher Erben zu beseitigen. Das schließt er aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung mit der gleichzeitig eingeführten actio familiae erciscundae. Dabei übersieht er, daß die nomina die Forderungen bedeuten. Allerdings steht der Satz über die Teilung der Obligationen mit der actio f. e. in Verbindung. Aber das würde doch die Möglichkeit einer Anordnung des Übergangs der Obligationen nicht ausschließen. Wahrscheinlich ist sie allerdings aus einem andern Grunde nicht: die Teilung der Obligationen unter eine Mehrzahl von Erben setzt den Übergang der ungeteilten Obligation auf einen Erben voraus. Damit war der Übergang der Schulden auf den Erben stillschweigend im Gesetz enthalten. Diese Art der Anordnung war unbedenklich, da der Grundsatz der Schuldenhaftung offenbar unzweifelhaft feststand. Sie entspricht auch ganz der knappen Schärfe des Gesetzes. Hat es doch auch das Erbrecht des suus als selbstverständlich nicht eigens festgelegt, sondern nur als Voraussetzung für die Erbfolge des agnatus proximus bestimmt: cui suus heres nec escit.[1])

Lange setzte sich das Vermögen (wie die Erbschaft) aus Eigentumsrechten zusammen. Allmählich wurde dieser Begriff erweitert durch iura in re und bonae fidei possessio, welche durch teilweise Unterwerfung der Sache einen dem Eigentum mehr oder weniger ähnlichen Inhalt hatten.[2]) Ein Zwang auch die Forderungen in den Vermögens- und Erbschaftsbegriff einzubeziehen ergab sich erst durch den im Beginn der Kaiserzeit einsetzenden Übergang von der Bodenwirtschaft zur Geldwirtschaft.[3]) Jetzt bekam die Obligation selbständige Bedeutung, ja es konnten sich Vermögen nur aus Forderungen bilden. Schon Labeo kannte eine Erbschaft, in der nichts Körperliches sich befand.[4]) Die gleiche Entwicklung drängte auch zur Übertragbarkeit

1) tab. V 4.

2) Birkmeyer p. 153/5. Pernice Labeo p. 329.

3) Pernice L. p. 329.

4) l. 3 § 1 de bon. poss. 37.1.

der Forderungen. Entgegenstand ihr persönlicher Charakter. Als Ausweg wurde gefunden nicht die Forderung, sondern ihre Ausübung zu übertragen, zunächst dadurch, daß derjenige, welcher die Forderung erwerben wollte, zum procurator (Prozeßbevollmächtigten) in rem suam gemacht wurde. Dieses Mittel war nicht ausreichend, da der Mandant vor litis contestatio widerrufen konnte. Später half man durch actiones utiles, die der Erwerber suo nomine anstellte. Die älteste actio utilis gab ein Rescript des Antoninus Pius dem Käufer einer Erbschaft.[1]) Demnach ist Birkmeyers Ansicht, daß die Forderungen erst durch Übertragbarmachung mittelst actio utilis Vermögensbestandteile wurden, unrichtig.[1]) Aber es ist begreiflich, wenn noch klassische Juristen betonten, daß auch die actiones zum Vermögen zählen.[2]) Im klassischen Recht also umfaßte der Begriff des Vermögens und der Erbmasse auch die Forderungen und die Universalsuccession erstreckte sich auch auf sie als Bestandteile der Erbschaft.[3]) Damit ist die Entwickelung des Vermögens- und Erbschaftsbegriffes abgeschlossen: beide sind der Komplex der Activa, der Eigentumsrechte, iura in re und Forderungsrechte, also der bona im wahren Sinne des Wortes,[4]) und werden deshalb auch so genannt.[5]) In dieser Zusammensetzung erscheinen sie in den Quellen des klassischen Rechts. Der zusammenfassende Ausdruck des Erbrechts ist omne (universum) ius. Daß dieser nur die Forderungen als neue Bestandteile einbeziehen will, ergibt sich klar aus l. 37 D. de a. v. o. h. 29,2: heres in omne ius demortui, non tantum singularium rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.[6])

1) l. 16 pr. de pact. 2,14. cf. Birkmeyer p. 148/9, dagegen Pernice K. V. 289 A. 2; Dernburg II § 47 p. 128/9.

2) Birkmeyer p. 149/150, Pernice Labeo p. 327 N. 5.

3) Birkmeyer p. 149 u. 271 schließt daraus, daß die Bestimmung der 12 Tafeln, welche den Übergang der Forderungsrechte auf den Erben anordnete, dadurch überflüssig wurde und deswegen aus den Rechtsquellen verschwunden ist.

4) quod beant l. 49 D. de v. s. 50,16.

5) l. 49 D. de v. s. 50,16; l. 3 pr. D. de bon. poss. 37,1.

6) cf. Birkmeyer p. 261/2.

Die Schulden aber sind niemals Bestandteile des Vermögens und der Erbmasse geworden. Es fehlte an jeder Veranlassung hiezu. Vor den 12 Tafeln gingen sie der Aequität halber nach Gewohnheitsrecht über, seitdem aber beruhte ihr Übergang auf stillschweigender gesetzlicher Anordnung. Ohne unter den Begriff der Universalsuccesion zu fallen, bildeten die Schulden den Gegenstand einer eigenen Succession, indem sie von der Person des Erblassers auf die Person des Erben übergingen.[1])

Das Gesetz wollte den Erben als Empfänger der Erbschaft haften lassen, knüpfte aber die Haftung nur an das nudum nomen heredis, nicht an die Erbschaft. Darum haftete der Erbe auf Grund seiner Erbenstellung (hereditas i. subj. Sinn) auch beim Mangel aller Activa (hereditas i. o. S.)[2])

Allerdings wurden durch die lex Poetelia Papiria[3]) (326 oder 313 a. Chr.?)[4]) die Schulden in engere Beziehung zum Vermögen gebracht. Durch die Bestimmung „pecuniae cre-

---

1) so Birkmeyer p. 272 unter Berufung auf l. 6 § 6 D. de his qui not. inf. 3,2 quia heres . . . neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti und l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6,61 aes alienum descendit ex persona defuncti; dazu Pernice Labeo p. 331 zu N. 29 und l. 20 § 2 D. de a. v. o. h. 29,2.

2) so Birkmeyer p. 279/282.

3) cf. Niebuhr R.G. II p. 670 N. 1312, III p. 178. 343, Puchta J. II § 179 p. 215/6, Ihering G. II 1 p. 155/6, Mommsen R.G. I p. 301, Birkmeyer p. 7. Das Gesetz enthielt, soweit die Überlieferung (Livius VIII 28) einen Schluß zuläßt, 2 Teile: im ersten wendete es sich gegen die Schuldknechtschaft, in welcher der Schuldner auch nach 60 Tagen verblieb um die Exekution abzuwenden (Varro de l. l. VII 105). Aus der allgemeinen Fassung dieses Teiles (ne quis . . . in compedibus aut in nervo teneretur) ergibt sich aber weiter, daß die in den 12 Tafeln verlangte Fesselung (vincito aut nervo aut compedibus tab. III 2) wegfallen soll. Da sie aber notwendige Vorstufe für spätere Akte der früheren Personalexekution war (Puchta J. § 179 p. 211 n. i), so ward diese durch das Gesetz beseitigt. Ihres Zieles beraubt, war die manus iniectio wertlos. Sie blieb ja zunächst noch, aber da der Schuldner weder Verkauf noch Tod, ja nicht einmal Fesselung zu fürchten hatte, so war dem Gläubiger mit ihr nicht gedient. Deswegen wies im zweiten Teil das Gesetz einen anderen Weg der Befriedigung: den Angriff auf die bona, für den der praetor die missio in bona und die venditio bonorum erfand.

4) Puchta J. II § 162 p. 89 N. n.

ditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset“, wurde als Gegenstand der Vollstreckung das Vermögen des Schuldners festgestellt, während bisher nach den 12 Tafeln die Schulden auf dem Leib ruhten. Seitdem hatten die Schulden eine doppelte Richtung: gegen den Schuldner und sein Vermögen. Durch dieses Gesetz wurde die persönliche Haftung für die Schulden nicht geändert, nur die Exekution vom Leib auf das Vermögen verschoben. Die Schulden erschienen nunmehr auch als eine Last (onus) auf dem Vermögen bezw. auf der Erbschaft des für sie haftenden Schuldners oder Erben.[1]) Durch diese Auffassung entstand der Satz bona

---

1) so Birkmeyer p. 335 A. 745 gegen Pernice Labeo p. 333 A. 37, der behauptete, die Schulden seien nirgends als auf der Erbschaft ruhende Lasten (onera) betrachtet worden. Aber auf Schritt und Tritt werden die Schulden onera genannt. cf. außer den von Birkmeyer angezogenen Stellen: l. 3 § 5 D. ad Sc. Treb. 36.1 fiscus cum suis oneribus hereditatem adquirit, l. 2 C. de act. her. 4.16 pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere, l. 88 § 2 D. de leg. 31 ut omne onus eiusdem hereditatis agnoscatis, l. 34 § 2 D. de leg. 32 item rogo, ut reliquum aes alienum, quod ex bonis Arethonis debetur . . . debet adgnoscere onus aeris alieni, l. 59 D. de adm. et per. tut. 26.7 cum hereditas patris aere alieno gravaretur, l. 53 pr. de leg. 31 aequum esse onus huius aeris alieni [der geschuldeten dos] sustinere, l. 61 D. de a. v. o. h. 29.2 ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, l. 87 § 1 D. h. t. pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos. l. 20 § 2 D. h. t. an oneribus se immerserit hereditariis. In einzelnen Stellen sind auch Erwerb der Erbschaft und Übernahme der Schuldenlast unterschieden: l. 38 h. t. non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat . . . qui enim scit . . . se oneribus fore implicitum . . . ea condicione adit, l. 98 h. t. actiones solere decerni in eam, quae adisset et malluisset integra hereditaria onera subire, l. 99 h. t. [altera bona paterna vindicare totumque onus suscipere parata erat. Ebenso wird das Legat als onus hereditatis bezeichnet, das gewiß nicht Bestandteil der Erbschaft war. cf. außer den Stellen bei Birkmeyer l. 50 § 2 de leg. 30 ex necessitate redundabit onus legatorum ad heredem . . . oneribus careret . . . non se exonerat. Daher erschien in l. 34 § 6 D. de leg. et fid. 31 zweifelhaft, ob der Sohn nach den Testamentsworten „quem scis magna onera sustentaturum et legata, quae supra feci, praestaturum“ nicht auch für alle Schulden haften müsse, obwohl er im vorausstehenden Teil des Testaments ausdrücklich nur mit den Legaten belastet war [ut omne onus legatorum in se sustineret]. Auch Justinian bezeichnet die Schulden als Last der der Erbschaft: Nov. I. c. 2 § 1 *ὅτε τοὺς ἀνθρώπους ἐξηρούμεν τῆς ἐκ τῶν προσελεύσεων ἐπὶ τοῖς οἰκείοις πράγμασι ζημίας, ἱστάντες τὰ βάρη μέχρι τοῦ τῆς οὐσίας τῆς καταλελειμμένης*

intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt (l. 39 § 1 D. de v. s. 50,16) — die Hauptstütze für die herrschende Ansicht, daß die Schulden zum Vermögen gehören. Er ist aber, wie Birkmeyer nachgewiesen hat, nichts anderes als eine Denkform für die Regel, daß unter Lebenden über ein Vermögen nur nach Abzug der Schulden verfügt werden kann.[1]) Auf die Zusammensetzung des Vermögens hatte dieser Begriff des Reinvermögens keinen Einfluß, auf die Erbschaft wurde die Denkform überhaupt nicht angewendet.

Auch in der Kaiserzeit wurden die Schulden nicht Bestandteile der Erbschaft; sie gingen nicht durch Universalsuccession, sondern kraft Gesetzes auf den Erben über. Allerdings finden wir selten die unbeschränkte Haftung aus dem Zwölftafelgesetz begründet. Das erklärt sich leicht: den Römern war dieser Grundsatz selbstverständlich [plus quam manifestum l. 8 pr. D. de a. v. o. h. 29,2] und der

---

μέτρον [Gegensatz καθαρὰ οὐσία Reinvermögen l. c. § 2]. In Pap. l. 7 D. ad leg. Falc. 35,2 aeris alieni rationem in hereditate relicti . . . ipse solus habebit ist das aes alienum nicht, wie Birkmeyer p. 337 will, als Aequivalent für die Forderung des Gläubigers in der Erbschaft, sondern als eine auf der Erbschaft hinterlassene Last zu verstehen, wie es Papinian auch in l. 87 § 1 cit. bezeichnet. An andrer Stelle K. V. 260 1 hat Pernice eingewendet, man könne sich beim Mangel aller Aktiva die Schulden nicht als Lasten denken, da nichts da sei, worauf sie lasteten. Kann man sie aber als deminutio bezeichnen, wenn nichts da ist, was gemindert werden kann? Die praktischen Römer haben an diesen seltenen Fall nicht gedacht. Natürlich kann diese Vorstellung nur Platz greifen, wenn eine hereditas i. o. S. vorhanden ist. Sie ist auch gar nicht notwendig, da sie nicht gesetzlicher Grund der Erbenhaftung ist. Ein heres ohne hereditas i. o. S. ist wohl möglich. Wie ein suus, der ipso iure Erbe wird, unter Umständen nur Lasten übernimmt, ebenso kann ein extraneus, der die Schulden des Erblassers zahlen will, erklären, er wolle Erbe sein, oder sich als Erben gerieren und so als heres ohne eine hereditas i. o. S. zu erwerben auf Grund der 12 Tafeln für die Schulden haften. Brunck p. 11 erklärt, daß die Schulden nicht als negative Bestandteile, sondern als Belastung des Vermögens aufzufassen sein, im Widerspruch mit seiner Einleitung (p. 1), in welcher er das Vermögen in Rechte und Pflichten teilt.

1) B. p. 328 39.

Hinweis auf die gesetzliche Grundlage überflüssig.[1] Indessen fehlt dieser nicht ganz: wie oben erwähnt, wird nicht nur die Teilung sondern auch der Übergang der Schulden auf den Erben noch in dieser Zeit auf die 12 Tafeln zurückführt, so von Diocletianus und Maximianus in l. 7 C. de her. act. 4,16 quippe cum evidentissime lex duodecim tabularum heredes huic rei faciat obnoxios und noch von Justinian l. 22 § 14 C. de iure del. 6,30, als er bei Einführung des beneficium inventarii Anlaß hatte die alte Haftung zu erwähnen: sed in solidum secundum antiqua iura (natürlich ist das Zwölftafelgesetz gemeint. cf. l. 1 C. de except. sive praescript. 8,35) omnibus creditoribus teneantur. So erscheint auch während der Kaiserzeit, wie Birkmeyer ausführt,[2] die Erbschaft als etwas Positives und von den Erbschaftsschulden begrifflich Getrenntes. Das beweisen die oben angezogenen Stellen, welche vom universum ius handeln, die Synonymität von bona und hereditas (hereditatis petitio!) und die technischen Ausdrücke für Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft,[3] dann auch Wendungen, welche die Schulden als nicht zur Erbschaft gehörig voraussetzen.[4]

2. Die Universalsuccession des Erben bezog sich also nur auf die Activa. Darin nun stimmt sie mit den übrigen Universalsuccessionen des römischen Rechts überein.

---

1) Aus dem gleichen Grund sind auch weniger scharfe Ausdrücke unbedenklich. Über die ekliptische und metapherische Fassung mancher Stellen s. Birkmeyer p. 268/71, dagegen Pernice K. V. 259/60, welcher besonders die Wendungen damnosa hereditas und deminutio hereditatis als Beweise dafür festhält, daß die Schulden als negative Bestandteile der Erbschaft betrachtet wurden. Doch beruhen beide Ausdrücke auf einer Vorstellung, daß die Schuldenlast sich als Verminderung der Erbschaft darstellt, eine überschuldete Erbschaft also Schaden bringt. Über einen anderen Einwand von Pernice, der aus der Veränderung der hereditas iacens genommen ist, wird unten zu reden sein.

2) Birkmeyer p. 273,5.

3) außer den von Birkmeyer p. 274 angeführten auch capere, recusare hereditatem.

4) Birkmeyer p. 273 nennt u. a. hereditas solvendo (idonea) — non solvendo (non idonea) est. cf. Theoph. paraphr. zu § 5 J. de her. qual. et diff. 2,19 *μετὰ δὲ ταῦτα χρέος ἀπρόοπτον ἀνεφάνη ὅπερ πολλῷ τῷ μέτρῳ τὴν κληρονομίαν ὑπερέβαινεν.* Hierher gehört auch die Auffassung der Schulden als Last der Erbschaft.

Schon Pernice[1]) hat hervorgehoben, daß „die römische Doktrin anscheinend zu einer Universalsuccession durchaus nicht auch den Übergang der Schulden erfordert" und auf Gaius II 98 hingewiesen: videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. Si cui heredes facti sumus sive cuius bon[orum possessionem] petierimus sive cuius bona emerimus sive quem adoptaverimus sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt. Hiezu ist zu vergleichen § 6 J. per quas pers. 2,9 : videamus . . . . adquirantur. si cui ergo heredes facti sitis sive cuius bonorum possessionem petieritis vel si quem adrogaveritis vel si cuius bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, eius res omnes ad vos transeunt und Theoph. paraphr. Hier steht die Universalsuccession des Erben gleichartig neben den übrigen Universalsuccessionen des römischen Rechts (von der Universalsuccession des fiscus abgesehen). In diesen parallelen Fällen aber handelt es sich nur um eine Succession in die Activa.[2])

a) der pater arrogator und coemtionator erwarb, gewisse Stücke ausgenommen, das Vermögen des arrogatus bezw. derjenigen, die in manum convenit (Gaius III 83). Die Schulden dieser Personen aber gingen durch capitis deminutio unter. Der pater arrogator und coemptionator mußten indes, wenn sie das Vermögen behalten wollten, die ihrer Gewalt Unterworfenen gegen die utilen Klagen verteidigen, widrigenfalls den Gläubigern das Vermögen zur Befriedigung überlassen.[3]) Pernice[4]) meint, diese Entwicklung müsse einer verhältnismäßig alten Zeit angehören, sonst hätte man die Schulden auf den Adoptivvater übergehen lassen. Offenbar sei der spätere Begriff des Vermögens, der die Schulden mitumfaßt habe, damals noch nicht hinreichend entwickelt gewesen, daß eine wahre Universalsuccession hätte eintreten

1) P. Labeo p. 330 N. 9.

2) cf. Birkmeyer p. 248/255.

3) Gaius III 84, IV 38; Theoph. paraphr. zu § 3 J. de adq. per adrog. 3,10, Hölder III, p. 56.

4) P. Labeo p. 178 ff.

können, wie denn eine solche überhaupt nur für das Erbrecht grundsätzlich anerkannt worden sei.

b) Der bonorum emptor als Universalsuccessor[1]) empfing durch die bonorum venditio nur die Activa (Gaius II 98), für die Schulden haftete er nur mit actiones utiles, „weil und insoweit er ihre Zahlung den Verkaufsbedingungen gemäß übernommen hatte.“ (Gaius III 81).

c) Ebenso haftete der Freigelassene, dem ex const. divi Marci libertatis causa die bona zugesprochen wurden, obwohl Universalsuccessor[2]) nur auf Grund seiner Schuldübernahme.[3])

d) Das Gleiche ist anzunehmen für die per universitatem successio ex Claudiano senatusconsulto.[4])

e) Auch die Schuldenhaftung des fiscus bei Universalsuccessionen in bona vacantia und ereptoria oder confiscata war durch Gesetz begründet.[5])

§ 2. Der Umfang der Schulden.

Der Satz, daß das Vermögen des Erblassers durch Universalsuccession, die Schulden kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung auf den Erben übergingen, bedarf noch der Begrenzung.

Weder die hereditas i. o. S. mußte mit dem universum ius noch das den Erben treffende aes alienum mit dem des Erblassers sich decken. Verschiedenheiten konnten eintreten:

a) Durch den Tod des Erblassers bezüglich aller Erben.

b) Durch Veränderungen der hereditas iacens bezüglich des heres extraneus (abgesehen vom familiae emptor des älteren test. per aes et libram) und des postumus.

Die im Augenblick des Todes des Erblassers entstehende hereditas (res, quae cuiusque cum moritur fuit)[6]) setzte

1) Gaius III. 77 ff, pr. J. de succ. subl. 3,12 und Theoph. paraphr. hiezu.
2) pr. J. de succ. subl. 3,12.
3) § 1 J. de eo, cui lib. causa 3,11, l. 4 § 22 D. de fid. lib. 40,5.
4) Theoph. paraphr. zu § 1 J. de succ. subl. 3,12.
5) Nov. 1 c. 1 § 4. cf. Birkmeyer 239 248.
6) l. 3 § 2 D. de b. p. 37,1, l. 3 § 6 D. de neg. gest. 3,5.

sich nur aus den Vermögensrechten[1]) zusammen; ebenso gingen nur Schulden von ökonomischem Wert auf den Erben über; solche, die einem öffentlichen oder sittlichen Zweck dienten, fielen mit dem Tode des Erblassers weg, wenn nicht litis contestatio schon erfolgt war.[2]) Das traf zu für Deliktsschulden, soweit sie poena zum Gegenstand hatten.[3])

Aber auch von den Rechtsverhältnissen ökonomischen Wertes — aktiven und passiven — gingen infolge Wegfalls der physischen Person diejenigen unter, welche an die Person des Erblassers geknüpft waren. Von den Schulden gehörten hierher die Pflichten aus Kontrakten, welche an die Person des Schuldners gebunden waren, da diese aufgelöst wurden.[4])

Eine solche Verminderung der Schuldenlast konnte gegebenenfalls durch den Untergang der physischen Person im Augenblick des Todes eintreten. Im gleichen Moment begründete nach den gesetzlichen Vorschriften Testament oder Verwandschaft Delation oder Acquisition der Erbschaft.[5]) Der heres necessarius [suus, dann is qui in causa mancipii und der servus, wenn sie als heredes cum libertate eingesetzt waren] erwarb zugleich ipso iure das zur hereditas gewordene Vermögen. War dagegen ein extraneus erbberechtigt oder ein postumus zu erwarten, so ruhte die Erbschaft i. o. S. bis zum künftigen Erwerb [hereditas iacet].[6]) In dieser Zwischenzeit konnten weitere Veränderungen der hereditas wie der Schuldenlast eintreten.

---

1) Das einzelne gibt jedes Pandektenwerk, z. B. Koeppen L. § 1 p. 28/34.

2) Durch litis contestatio ging der ursprüngliche Anspruch unter, an seine Stelle trat der vererbliche Prozeßanspruch. § 1 J. de perp. et. temp a. 4,12; Gaius III 180.

3) Koeppen, L. § 1 p. 35/37.

4) Koeppen, L. § 1 p. 30 A. 3.

5) bei Erwartung eines postumus ist hereditas i. o. S. vorhanden ohne Delation oder Acquisition der Erbschaft. Erst mit der Geburt wird diese vom suus ipso iure erworben.

6) Stellen bei Windscheid III § 531 A. 3.

Die ruhende Erbschaft ist bei den Römern niemals als rechtlos betrachtet worden.[1]) Die alte usucapio pro herede war eine Form der Universalsuccession zur Beschaffung eines Ersatzerben, wenn rechtmäßige Erben fehlten oder den Erbschaftserwerb verzögerten. Durch den Wechsel der Grundlagen verlor das Institut seine Berechtigung und durch Gegenmaßregeln seine Bedeutung. Die Juristen zu Anfang der Kaiserzeit behandelten die ruhende Erbschaft als ein selbständiges Vermögen, indem sie das Fortbestehen der Rechte und Pflichten des Verstorbenen ohne weiteres voraussetzten. Sie ließen ohne Fiktion die Erbschaft Rechte erwerben und neue Schulden übernehmen. Wahrscheinlich beurteilten sie Fragen, in denen der Herr des Vermögens in Betracht kam (z. B. Erwerb durch Erbschaftssklaven) gewissermaßen selbstverständlich nach dem Erblasser. In der 2. Hälfte des 2. Jahrhunderts p. Chr. fand die Praxis unter Ablehnung eines Versuchs von Cassius auch Stipulationen auf den künftigen Erben zuzulassen ihre Formulierung in den Sätzen „hereditas domina est" (die Erbschaft ist ein selbständiges Vermögen) und „defuncti locum obtinet" (hat die Rechtsfähigkeit des Erblassers). Naturgemäß konnte die ruhende Erbschaft nur insoweit am Vermögensverkehr teilnehmen, als nicht factum personae personaeve substantia hiezu erforderlich war. Aber in diesem beschränkten Umfange hatte das selbständige Vermögen ganz die Rolle eines dominus, konnte Rechte erwerben und verpflichtet werden. Diese Gleichbehandlung der Erbschaft mit der Person drängt dazu die neuen Schulden als Lasten, nicht als Teile der Erbschaft anzusehen. Pernice[2]) indes hat die Entstehung neuer Schulden während der hereditas iacens als Hauptbeweis gegen die Birkmeyersche Auffassung der römischen Erbschaft angeführt. „Mir ist entscheidend", sagt er, „daß das in Erbgang gekommene Vermögen noch in ähnlicher Weise durch Schulden gemindert, durch Rechtserwerb vermehrt und durch verschiedene Einflüsse in seinem Bestande

1) cf. hiezu den Anhang.

2) P. K. V. p. 260 ff.

verändert werden kann wie zu der Zeit, als es noch einen Herrn hatte. Und diese Eigenschaft ist dem Vermögen im Verkehr erwachsen, nicht positiv beigelegt und nicht durch Fiktion vermittelt." Demgegenüber erhebt sich die Frage, wodurch konnten Schulden während der hereditas iacens entstehen:

a) Durch Eintritt einer Bedingung[1]) oder Ablauf einer Frist.[2]) Auch diese zählten, da sie ihre Begründung im Willen des Erblassers hatten, zu seinen Schulden.

b) durch gestio von negotia hereditaria. Diese Verpflichtung beruhte auf dem prätorischen Edikt: si quis negotia alterius sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo.[3]) Birkmeyer[4]) meint, das Edikt habe selbst die Möglichkeit ihrer Entstehung während der hereditas iacens konstruiert mittelst der Fiktion, daß es noch Geschäfte des Verstorbenen seien, die geriert würden. Daher seien sie wie die übrigen Schulden des Erblassers nach den 12 Tafeln auf den Erben übergegangen. Allein das Edikt sprach nur von der früheren Zugehörigkeit im Augenblick des Todes. Die obligatio negot. gestorum entstand quasi ex contractu.[5]) Daher sagt Paulus:[6]) qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. So konnte man sich das Verhältnis zwischen Erbschaft und negotiorum gestor denken vor wie nach der Ausbildung der Lehre von der hereditas domina. Es entstand eine Obligation der Erbschaft, welche nicht Bestandteil, sondern Last der Erbschaft war. Ursprung und Übergang dieser Obligation hatten ihre rechtliche Grundlage im Edikt des Prätors. Sie trug bei der Entstehung die Bestimmung in sich auf den Erben überzugehen. In dieser Richtung auf den Erben traf die Last der Erbschaft aus der neg. gestio zusammen mit den vom Erblasser herrührenden Lasten.

1) l. 24 D. de nov. 46,2.
2) l. 77. D. de v. s. 45,1.
3) l. 3 pr. u. § 6 D. de neg. gest. 3,5.
4) B. p. 276.
5) pr., § 1 J. de obl. quasi ex contr. 3,27.
6) l. 20 (21) § 1 D. h. t. 3,5.

Daher ging sie mit ihnen, wenn auch aus anderem Grunde, auf den Erben über. Dies sagt l. 20 (21) § 1. D. de neg. gestis 3,5 ausdrücklich: quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.

Bei einem besonderen Fall der negotiorum gestio, der Bestattung einer Leiche ohne Auftrag durch einen Nichtverpflichteten, für welchen der Prätor eine eigene Klage (actio funeraria)[1]) aufstellte, nahm man wirklich einen Kontrakt zwischen dem Verstorbenen und dem gestor an.[2])

§ 3. Hilfe gegen die Gefahren der unbeschränkten Haftung.

I.

Der h. extraneus konnte sich vor der Gefahr durch den Erwerb einer zahlungsunfähigen Erbschaft Verlust zu erleiden durch Vorsicht hüten, indem er deliberierte.[3]) War er nicht sorgfältig in der Feststellung der Aktiva und Passiva,[4]) so trug er eigene Schuld. Anders der h. necessarius, der mit Notwendigkeit ipso iure Erbe wurde. Die ältere Zeit bot

---

1) l. 12 § 2, 3 D. de relig. 11.7.

2) l. 1 D. de relig. 11,7 : qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere videtur, non cum herede.

3) cf. § 5 J. de her. qual. et diff. 2,19 (Gaius II 162), fr. interpr. Gai inst. Augustodun. lib. II 23 ff; eine Frist für die Erklärung des bezüglichen Willens war ihm ipso iure nicht gesetzt; indes konnten Nachlaßgläubiger durch interrogatio in iure (l. 9. C. de iure del. 6,30, l. 5,6 D. de interr. 11,1; l. 23 § 1,2 de h. i. 28,5) und der Erbe selbst (l. 5 D. d. iur. del. 28,8) die Setzung einer Überlegungsfrist (tempus deliberandi) vom Prätor erbitten (l. 1 § 1,2 D. h. t.). Die Frist betrug mindestens 100 Tage (l. 2 D. h. t.) und konnte öfter vom Prätor gewährt werden, wenn ihm glaubhaft gemacht wurde, daß die erste oder die mehreren vorausgegangenen aus wichtigen Gründen (l. 4. D. h. t.) nicht genügten. Bei Ablauf der Frist mußte der h. extr. die Erbschaft angetreten haben, sonst galt sie als abgelehnt (l. 69 D. de a. v. o. h. 29,2). Der Grund diese zeitliche Beschränkung nachzusuchen lag für die Gläubiger in dem Interesse einen ihnen haftenden Erben zu finden (l. 10 D. h. t., l. 1 pr. D. de succ. ed. 38,9), für den Erben in Rechtsvorteilen, welche die Bewilligung mit sich brachte: er durfte während der Frist die Erbschaftspapiere einsehen (l. 5 pr. D. h. t., l. 28,29 D. de a. v. o. h. 29,2) und nach Befragen des Prätors notwendige und nützliche Verwaltungshandlungen vornehmen ohne ein Präjudiz für die Antretung damit zu schaffen (l. 5 § 1 D. h. t.)

4) l. 51 § 1 D. de a. v. o. h. 29,2. Gaius II 153. cf. Windscheid III § 595 A. 2

auch dem suus kein Rechtsmittel sich der Schuldenhaftung zu entziehen. Der Erblasser wird durch Enterbung die Gefahr für seine sui beseitigt haben. Die Einsetzung des suus unter der Bedingung „si volet“ mit Substitution des heres necessarius servus gehört späterer Entwicklung an.[1]) Erst der praetor schuf durch das beneficium abstinendi den sui die Möglichkeit bis zur Einmischung sich von der Erbschaft loszumachen.[2]) Der abstinierende suus blieb nach zivilem Recht Erbe[3]) und als solcher den Erbschaftsgläubigern verhaftet.[4]) Die Aufgabe der Erbschaft [abstinere hereditate, relinquere hereditatem § 5 J. de h. qu. et. d. 2,19] befreite ihn nicht von der Schuldenhaftung, ein Beweis, daß die Schulden nicht Teile der Erbschaft waren. Aber der Prätor gab keine Klage gegen ihn. Die Erbschaftsgläubiger konnten sich nur an die bona parentis halten; die Schande des Konkurses sollte der Erblasser, nicht der suus tragen.[5]) Es

---

1) Anders unrichtig Bechmann p. 7.

2) Er durfte aber die Erbschaft nicht böswillig geschädigt haben l. 71 § 3–9, l. 12 D. de a. v. o. h. 29,2. Die Erklärung der Ausschlagung war gleich der Willenserklärung des extr., durch welche er über den Erwerb der deferierten Erbschaft entschied, an keine von vorneherein bestimmte Frist gebunden. Doch konnte dem sich nicht einmischenden Erben auf Ansuchen der Nachlaßgläubiger und auf eigene Bitte ein tempus deliberandi gesetzt werden. So konnte wie der extraneus auch der suus über den definitiven Erwerb der Erbschaft deliberieren (l. 7 D. de i. del. 28,8). Während der Überlegungsfrist wurde er wie der deliberierende extraneus behandelt. Außerdem hatte der deliberierende Haussohn die Vergünstigung des Alimentenbezugs, da ihm die bisherige Grundlage seiner Existenz nicht plötzlich entzogen werden sollte. l. 7 § 3, l. 9 D. h. t.

3) l. 30 § 10 D. de fid. lib. 40,5 tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. Über die Folgen davon s. Windscheid III § 595 A. 11 13 p. 164, Bernhöft p. 85.

4) Theoph. paraphr. zu § 5 J. de h. qu. et. d. 2,19: ὁ δὲ suos necessários abstinateúsas ἐπειδὴ μετὰ τελευτὴν τοῦ πατρὸς εὐθέως ἀνεφάνη, οὐδὲν ἧττον ἔχει παρ᾽ ἑαυτῷ τὸ ἀσώματον, καθάπερ εἴρηται πολλάκις, ὅτι τὸ ἀσώματον ὄνομα κληρονομίας ἅπαξ ἐμπαγὲν τινι δυσχερῶς ἐφ᾽ ἕτερον μεθίσταται. εἰ μὴ ὅτι ὁ praέτωr ὁ τὴν abstinationa ἐπινοήσας ἀπὸ τῶν δανειστῶν περιποιεῖ αὐτῷ τὸ ἀνενόχλητον.

5) § 2 J. de h. qu. et. d. 2,19 (Gaius II 158) u. Theoph. paraphr., l. 28 D. de reb. auct. iud. poss. 42,5, Plin. ep. 2,4.

lag hier also keine Beschränkung der Haftung vor, sondern die zivilrechtlich bestehende Haftung wurde vom Prätor ignoriert.[1])

Eine sorgfältige Prüfung vor Antritt oder Einmischung mochte in der Regel ein richtiges Ergebnis liefern. Bei verwickelten Verhältnissen aber konnte eine Täuschung über das Verhältnis zwischen Erbschaft und Schuldenlast leicht vorkommen. Nachträglich auftauchende Schulden konnten dem Erben schaden. Ein Antritt nun unter Vorbehalt, „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem" war ungiltig.[2])

Da war Hilfe nötig, besonders für das jugendliche Alter, dem das nötige Urteil abgeht. Von der Voraussetzung für das beneficium abstinendi, daß der heres suus et necessarius sich noch nicht eingemischt hatte (natürlich auctoritate tutoris)[3]) machte der impubes (7—14 Jahre) eine Ausnahme. Ihm wurde das beneficium vom Magistrat[4]) auch nach der Einmischung mittelst in integrum restitutio gewährt. Diese Vergünstigung wurde weiterhin auf die puberes minores viginti quinque annis ausgedehnt, wenn sie als sui et necessarii in eine schädliche Erbschaft sich eingemischt oder als extranei eine solche angetreten hatten.[5]) Sie wurden zur Entschlagung in integrum restituiert und standen rechtlich dem vor der Einmischung abstinierenden heres suus et necessarius gleich.[6]) Der heres necessarius servus impubes

---

1) Stellen bei Windscheid III § 595 A. 6 p. 163.

2) l. 51 § 2 D. de a. v. o. h. 29,2.

3) l. 9 D. de a. v. o. h. 29,2.

4) über die Restitutionsmagistrate s. l. 17, 18, 42 D. de min. XXV a. 4,4.

5) Dies ist eine spezielle Anwendung des prätorischen Edikts de min. viginti quinque annis, welches den Schutz der Minderjährigen gegen jede Schädigung vorsah. § 5 J. de h. qu. et d. 2,19 (Gaius II 163) und Theoph. paraphr., l. 11, 12, 57 pr., § 1 D. de a. v. o. h. 29,2, l. 1 pr., § 1, 7 § 5 D. de min. XXV annis 4,4.

6) Der Restituierte mußte leisten, was aus der Erbschaft in sein Vermögen geflossen und nicht infolge seiner jugendlichen Schwächlichkeit untergegangen war. l. 7 § 5 D. de min. XXV annis 4,4. Mehrmalige Restitution (Ausschlagung, Restitution zu Einmischung oder Antritt, Restitution zu Ausschlagung) war möglich l. 7 § 9 h. t. Bei Restitution zur Ausschlagung waren die Gläubiger beizuziehen, sonst hatte sie diesen gegenüber keine Wirkung. l. 29 § 2 D. h. t. War der restituierte minor Teilerbe, so mußte der Miterbe die auf dessen Teil ruhenden Lasten nicht tragen, sondern den Gläubigern wurde durch eine const. des Severus (l. 61 D. de a. v. o. h. 29,2) die bon. possessio gegeben.

oder pubes minor XXV annis, der sich eingemischt hatte, konnte nicht zur Entschlagung restituiert werden, sondern nur zur separatio bonorum,[1]) wenn er als captus erschien. Das ergab sich aus der besonderen Stellung des h. necessarius.[2])

Aber auch gewissenhafte Untersuchung eines maior konnte irren, so daß nach definitivem Erwerb der Erbschaft unerwartete Schulden sich ergaben. Darum gewährte Hadrian durch in integrum restitutio[3]) die facultas relinquendae hereditatis auch den maioribus XXV annis, ob sie sui oder extranei waren, im Einzelfall, wenn nach Erwerb der Erbschaft ein großer Schuldposten, der zur Zeit des Erwerbs noch nicht bekannt war, aufkam.[4])

Außerdem konnte sich der h. extraneus vor Antritt und der h. necessarius vor Einmischung nur durch Vortrag mit den Gläubigern sicher stellen.

---

1) l. 7 § 5 D. de min. XXV annis 4,4, l. 57 § 2 D. de a. v. o. h. 29,2.

2) s. unten § 4.

3) Keller J. § 316 p. 303 hat aus der Verbindung, in welche § 6 J. de h. qu. et. d. 2,19 die Verordnung Gordians über die beschränkte Haftung des Soldaten mit dem vorausgehenden Reskript Hadrians setzt (divus autem Gordianus postea militibus hoc concessit, Krüger in militibus ... hoc extendit), geschlossen, daß schon Hadrian, freilich nur für den Einzelfall, die Figur des beschränkt haftenden Erben aufgebracht habe, indem vielleicht in integrum restitutio gegen die geschehene Antretung wegen der bereits zu weit vorgeschrittenen Liquidation der Erbschaft oder aus einem anderen Grunde in jenem Fall nicht anzugehen schien. Das ist nicht richtig. Schon aus der Darstellung des Gaius (II 163), an welche die wenig beweisende allgemeine Redensart der Institutionen anknüpft, ergibt sich, daß der maior wie der minor in integrum restituiert wurde. Gaius fügt nämlich die Begünstigung des maior ohne weitere Erklärung eines Unterschieds mit etiam an. Ein sicherer Beweis aber ist das Schulbeispiel in fragm. interpret. Gai inst. Augustodun. II 29,30 und die angefügte Bemerkung 31,33 (meruit speciale rescriptum, ut recederet ab hereditate § 29; discedere ab hereditate § 30, 32, in anderem Sinn allerdings l. 22 § 13 C. de iure del. 6,30. s. unten. sed qui maior est. sine beneficio principali non poterit in [integrum restitui] § 33), sowie ein praktischer Fall l. 98 D. de a. v. o. h. 29,2 alii heredes beneficio principali hereditate abstinuerunt.

4) § 6 J. de h. qu. et. d. 2,19 (cuidam), Gaius II 163. Theoph. paraphr. zu § 6 J. et. (ὡς ἐν τῷ προσώπῳ). Sonst konnte der maior nur restituiert werden, wenn er aus Zwang die Erbschaft erworben hatte. l. 21 § 6 D. quod metus causa 4,2.

a) Er konnte auf Grund eines Mandates der Erbschaftsgläubiger die Erbschaft erwerben und hatte dann die actio bezw. exceptio mandati contraria auf Schadloshaltung.[1])

b) er konnte ein pactum auf Nachlaß (ut minus solvatur) mit den Erbschaftsgläubigern schließen und sich gegen weitergehende Ansprüche derselben durch exceptio schützen.[2]) Dieses pactum mußte nach einem Reskript des Marc Aurel mit der Mehrheit der Gläubiger zustande kommen.[3])

§ 4. Zwei Fälle beschränkter Haftung.

In den vorausgehenden Fällen handelte es sich um eine praktische Beseitigung der zivilrechtlich bestehenden unbeschränkten Schuldenhaftung. Ausnahmsweise haftete dagegen beschränkt:

1. der servus als heres necessarius eines Zahlungsunfähigen,

2. der Soldat auf Grund eines von Gordian III. erteilten Privilegs.

1. Die lex Aelia Sentia (4 p. Chr.) gestattete dem Zahlungsunfähigen einen servus eventuell in subsidium novissimo loco cum libertate als Erben einzusetzen. Nach der Bestimmung des Gesetzes wurde dieser, wenn aus dem Testament kein andrer Erbe erstand, liber und heres neces-

1) Julian. l. 32 D. mand. vel contra 17,1: Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo . . . praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est. Ebenso l. 7 § 18 D. de pactis 2,14, l. 4 pr. D. de doli mali et met. exc. 44,4.

2) l. 7 § 17 D. de pactis 2,14: si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est. cf. auch § 18 l. c.

3) § 19 l. c. hodie (zur Zeit Ulpians) tamen ita demum pactio huius modi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem. Über die Feststellung der Majorität l. 8, 9, 10 D. h. t. Praktische Fälle: l. 58 pr. D. mand. 17,1, l. 59 D. de adm. et per. tut. 26,7, l. 3 § 1 D. ad leg. Falc. 35,2, l. 23 quae in fraud. cred. 42,8, dazu Mühlenbruch 41. Bd. § 1469 p. 375, Keller J. § 316 IV p 310,12.

sarius.[1]) Er wurde Zwangserbe nach civilem Recht mit der Bestimmung die Schande des Konkurses vom guten Namen des Erblassers fernzuhalten. Mischte er sich ein, so haftete er unbeschränkt. Er konnte aber vor Einmischung, ja schon bei Lebzeiten des Herrn ein pactum auf Nachlaß mit den Gläubigern schließen und hatte dann die exceptio pacti bezw. doli ihnen gegenüber.[2]) Das beneficium abstinendi jedoch war ihm versagt.[3]) Die unbeschränkte Haftung hätte also auch das Vermögen des Freigewordenen erfaßt, das er nicht ex occasione hereditatis erworben hatte. Das ging über den Zweck des Instituts hinaus. Daher war es dem sich nicht einmischenden servus gestattet vom Prätor Separation des eigenen nach dem Tode des Herrn gemachten Erwerbes zu verlangen.[4]) Die Erbschaftsgläubiger konnten sich nur an den Nachlaß halten: sie durften ihn in Besitz nehmen, verkaufen oder unter sich teilen.[5]) Aber der Nachlaß wurde nicht als erbloser von den Erbschaftsgläubigern angegriffen, so daß die Schmach des Konkurses auf den Erblasser gefallen wäre, sondern, da der Freigelassene die Erbenqualität nicht ablegen konnte, als Vermögen des Erben.[6]) Dieser Zwangserbe haftete also cum viribus hereditatis.

2. Das Privilegium des Soldaten, der im römischen Recht propter simplicitatem von der Einhaltung strenger

1) § 1,2 J. qui ex quibus caus. manumitt. 1,6. Ulp. I 14. § 1 J. de h. q. et. d. 2,19 (Gaius II 153,5). Ausnahmen l. 83 D. de h. i. 28,5.

2) l. 7 § 18, 19 D. de pactis 2,14.

3) Dagegen hatte das beneficium is qui in causa mancipii. Gaius II 160.

4) l. 1 § 18 D. de sep. 42,6. Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem scilicet, ut si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.

5) § 1 J. de h. q. et d. 2,19.

6) § 1 J. qui ex q. caus. man. 1,6. Theoph. paraphr. zu § 6 J. d. h. q. et d. 2,19: *μένει μὲν ἀνύβριστος ὁ τελευτήσας, ἡ δὲ κληρονομία διαπιπράσκεται, οὐκέτι λεγόντων ἐκείνων, ὅτι τὰ τοῦδε τοῦ τελευτήσαντος διαπιπράσκεται πράγματα, ἀλλὰ τὰ τοῦ Στίχου τοῦ κληρονόμου.*

Formvorschriften befreit war,[1]) wird § 6 J. de h. q. et d. 2, 19, l. 22 pr., § 15 C. de iure del. 6, 30 erwähnt. Nach der Institutionenstelle, welche die Vergünstigung unmittelbar an die Restitutionsfälle anschließt (in militibus hoc (sc. beneficium abstinendi) extendit), ist behauptet worden,[2]) Gordian habe den Soldaten allgemein Restitution zugestanden, wenn sie aus Unkenntnis eine überschuldete Erbschaft erworben hatten. Allein an der gleichen Stelle wird, wie Keller ausführt, die Verordnung Justinians, welche allen die Möglichkeit beschränkter Haftung bot (l. 22 C. ct.), als eine Erweiterung der Gordianischen hingestellt. Das Gleiche sagt der Eingang u. § 15 der l. 22 ct.: Der Sinn der Gordianischen Verordnung sei in einer Constitutio Justinians [de improvisis debitis, sie ist verloren] enthalten gewesen und beide zusammen seien mit einer anderen: de his, qui deliberandum pro hereditate delata existimaverunt (l. 9 C. h. t.?)[3]) zur l. 22 ct. verarbeitet worden. Zudem wird in l. 22 ct. pr. als Wirkung des Gordianischen Privilegs angegeben: quatemus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Die Haftung des Soldaten war also auf den Nachlaß beschränkt (cum viribus hereditatis).[4])

---

1) cf. Ihering G. d. r. R. II 2 p. 417.

2) So von Dernburg III § 171 p. 343, Butzky p. 13.

3) So v. Buchholtz p. 386 ff., Krüger in der 7. Aufl. des Codex. Zachariae p. 191 A. 608 hält beide Verordnungen für verloren; eine Nachbildung von ihnen sieht er in Eklog. Leonis et Constant. VI § 8—9. Dagegen Casso p. 10 A. 16.

4) Darüber im einzelnen § 7 B.

II. Die Haftung des Erben im iustinianischen Recht.

§ 5. Die Reform Justinians im allgemeinen.

Sehen wir vom heres necessarius servus und vom Soldaten ab, so konnte der suus oder extraneus, wenn es ihm nicht gelang durch Vertrag mit den Erbschaftsgläubigern seine Haftung zu beschränken,[1]), nur durch Ablehnung der Erbschaft der unbeschränkten Haftung entgehen. Ein Mittelweg zwischen den berechtigten Interessen des Erben und der Erbschaftsgläubiger fehlte bis auf Justinian.

Er mit seinem Beirat fand ihn nach tastenden Versuchen[2]) und zeigte ihn durch die constitutio vom 27. November 531 (l. 22 C. de iure del. 6, 30) mit stolzer Entdeckerfreude der Welt: das beneficium inventarii, d. h. die Rechtswohltat durch Inventarerrichtung die Haftung beschränken zu können, die auch in der modernen Gesetzgebung noch nachwirkt.

Nach dem Willen des Kaisers sollte das Schicksal einer Erbschaft durch Erwerb oder Ablehnung rasch entschieden werden. Verzögerung durch Deliberation war ihm verhaßt.[3]) Da diese in der Gefahr, welche die unbeschränkte Haftung in sich bergen konnte, ihren Grund hatte, so schuf er einen bequemen Weg, auf dem jeder eine Erbschaft erwerben und der unbeschränkten Haftung entgehen konnte. Das auxilium deliberationis hielt er mit Recht fortan für entbehrlich und hätte es am liebsten ganz beseitigt. Aber die Jahrhunderte

1) Er war von ihrem guten Willen abhängig. cf. Casso p. 9, Beuster p. 7.

2) Vor der durchgreifenden Regelung hatte Justinian die p. 35 genannten Verordnungen de deliberantibus und de improvisis debitis erlassen (l. 22 pr.).

3) cf. l. 22 ct. § 13a sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum esse necessarium existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari et hereditatem inspicere et alias contra eam machinationes excogitare et eandem deliberationem flebilibus adsertionibus repetita prece saepius accipere. . . .

alte Einrichtung war zu stark (§ 13a). So ließ er sie zwar bestehen, aber unter solchen Bestimmungen, welche jedem das Deliberieren verleiden sollten und mußten.

Der Gesetzgeber unterscheidet in der constitutio 3 Fälle, von denen 2 enger zusammengehören.[1]) Der testamento oder ab intestato erbberechtigte extraneus oder der suus heres ex asse oder ex parte ist

1. im Klaren

a) ob er die Erbschaft nach altem Recht endgültig erwerben bezw. behalten[2]) oder

b) endgültig nicht erwerben oder nicht behalten will,[3]) und greift daher weder zum auxilium deliberationis noch zum beneficium inventarii.

Hat er im ersten Fall ohne Deliberation die Erbschaft endgültig erworben, so haftet er, indem er kein Inventar errichtet, wie bisher unbeschränkt für die Erbschaftsschulden[2]) und hat die quarta Falcidia gegenüber den Vermächtnisnehmern.[4]) Wenn er im zweiten Fall ohne Deliberation die Erbschaft innerhalb dreier Monate seit Kenntnis der Berufung bezw. des Erwerbs[5]) abgelehnt hat, trifft ihn auch ohne Inventarisierung weder Schuldenhaftung noch ein anderer Rechtsnachteil.[3])

---

1) § 1 b. Similique modo im Gegensatz zu sin autem dubius (§ 2).

2) § 1 a. Si quidem recta via adire maluerit hereditatem et spe certissima hoc fecerit vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus est, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa.

3) § 1 b. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, ei apertissime intra trium mensuum spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum heredem, renuntiet nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu exspectando, et sit alienus huiusmodi hereditate, sive onerosa sive lucrosa sit.

4) Für die Haftung des Erben für Liberalitäten galt zunächst der Grundsatz, daß sie nur Bestand hatten, wenn nach der Schuldendeckung ein Überschuß vorhanden war. l. 66 § 1 D. ad leg. Falc. 35,2. Dieser wurde nach der erfolglosen lex Furia und Voconia (pr. J. de leg. Falc. 2,22 und Theoph. paraphr.) durch die lex Falcidia vom Jahre 40 a. Chr. modifiziert: der Erbe durfte von da ab ein Viertel substantiae purae (quarta Falcidia) für sich abziehen (l. 73 § 5 D. ad leg. Falc. 35,2, § 3 J. de leg. Falc. 2,22).

5) Über die verschiedene Auffassung dieser Frist cf. Marezoll p. 270 v. Buchholtz p. 396/8, anschließend Brunck p. 10. Richtig scheint die Ansicht von Mühlenbruch (41. Bd. § 1467 p. 343/353), daß Justinian an dieser Stelle schon die Inventarfrist von 3 Monaten vorschwebte, die Bestimmung also ohne Bedeutung ist. Dagegen Sintenis III § 185 A. 9.

2. im Zweifel über definitive Erwerbung oder Ausschlagung. Der dubius kann nach verschärften Vorschriften deliberieren, der Kaiser aber drängt ihn zu raschem Erwerb und Benützung des beneficium inventarii (§ 2).

§ 6. Die Umgestaltung des Deliberationsrechtes.

Für die Deliberation hat Justinian angeordnet:

a) tempus deliberandi darf nicht mehr öfters wie früher, sondern nur einmal gewährt werden (§ 13 a).

b) Die Dauer der Frist soll nicht mehr vom Prätor abhängig sein, sondern die Maximalfrist für die Verleihung durch den Prätor 9, durch die Krone 12 Monate betragen. Eine vom Kaiser gewährte längere Frist soll nichtig sein (§ 13).

c) Während früher mit Ablauf der Deliberationsfrist die Erbschaft als abgelehnt galt, falls sie nicht definitiv erworben war, soll sie von nun an als endgültig erworben angesehen werden, wenn sie bis dahin nicht abgelehnt ist (§ 14 a, b, c).

d) Der Deliberierende muß ein formgerechtes Inventar innerhalb des tempus deliberandi errichten (§ 14). Aber dieses bewirkt keine Beschränkung seiner Haftung, sondern nur die Vermutung für seine Ehrlichkeit.[1])

Hat er ein Inventar errichtet, so haftet er bei Erwerb der Erbschaft (durch Antretung bezw. Einmischung oder Nichtablehnung innerhalb der Frist) den Erbschaftsgläubigern unbeschränkt und kann den Vermächtnisnehmern die Quart abziehen, beides antiquo iure, nur das Erfordernis der Inventarisierung ist neu. Bei Ablehnung haftet er überhaupt nicht. Auch spricht für ihn die Präsumtion, daß das Inventar den Nachlaß vollständig enthält. Gegenbeweis ist zulässig (§ 10).

Hat er kein Inventar errichtet, so haftet er bei Erwerb der Erbschaft ebenfalls den Gläubigern unbeschränkt und darf zur Strafe den Vermächtnisnehmern die Quart nicht

1) Hofmann p. 581 nennt diese Regelung mit Unrecht „läppisch." Der Nachlaß muß mit Rücksicht auf die Interessenten sicher ermittelt werden, der Deliberierende aber soll wegen der grundlosen Verzögerung seiner Entscheidung keinen Vorteil haben.

abziehen (§ 14 c). Bei Ablehnung wird die Unterlassung der Inventarisierung dadurch gestraft, daß der Wert des Nachlasses von den Gläubigern oder den nach ihm Berufenen durch ius iurandum in litem unter richterlicher Taxation festgestellt werden kann (§ 14 d),[1]) wenn sie dies wollen.

§ 7. Das beneficium inventarii.

A. Voraussetzungen.

1. Durch Erteilung des auxilium deliberationis wird die Rechtswohltat des Inventars mit beschränkender Wirkung ausgeschlossen (§ 14). Die constitutio spricht zwar nur von der Erbittung der Deliberation durch den dubius, trifft aber den Fall mit, daß Erbschaftsgläubiger diesem ein tempus deliberandi setzen lassen.

2. Der Erwerb der Erbschaft muß der Errichtung des Inventars vorangehen (§ 2, 12).[2]) Durch diese Bestimmung zwingt Justinian den dubius, der die Möglichkeit der Errichtung eines Inventars mit beschränkender Kraft nicht verlieren will, zum Erwerb der Erbschaft innerhalb der für die Inventarerrichtung gesetzten Fristen. Eine Erklärung cum beneficio inventarii anzutreten ist nicht notwendig und für die Herbeiführung der beschränkten Haftung ohne Bedeutung.[3])

---

1) Von nachträglicher Ermäßigung durch den Richter (so v. Buchholtz p. 427; Mühlenbruch 41. Bd. § 1469 p. 386, anschließend Windscheid § 606 p. 203 A. 19; Sintenis III § 185 p. 529) ist die Stelle nicht zu verstehen. cf. l. 24 § 2 D. de in lit. iur. 12,3, wo die Frage an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur wiederholt wird in der Fassung an . . . possit et taxationem iuriiurando adicere. Zustimmend Keller J. § 316 p. 305, Brinz III § 399 p. 213.

2) Anders allerdings Theoph. paraphr. zu § 6 J. de h. q. et. d. 2,19 *τέθεικε γὰρ διάταξιν ἐπίσημόν τε καὶ δικαιοτάτην τοῦ ποιεῖν* inventárion *πρὸ* aditionos. Ebenso v. Buchholtz p. 428 A. 3. Zustimmend Brinz III § 399 p. 213, Wächter II § 304 p. 769, Bruns § 97 p. 529.

3) So Mühlenbruch 41. Bd. § 1468 p. 355, Sintenis III § 185 p. 526 A. 14, Arndts § 523 p. 847 A. 1, Seufferts Archiv 31. Bd. N. 345, Schütze s. v. inventarium, Bruns § 97 p. 529, Windscheid III § 606 p. 201, Dernburg III § 171 p. 343, Koeppen § 34 p. 212, Brunck p. 6,20, Kollenscher p. 29.

Errichtung des Inventars ist pro herede gestio, außer wenn Deliberationsfrist erbeten ist.[1])

3. Die für die Inventarisierung vorgeschriebenen strengen Formvorschriften müssen eingehalten werden:

a) bezüglich der Fristen (§ 2):

Binnen 30 Tagen, seit das Testament eröffnet ist oder der Erbe die Eröffnung des Testamentes oder den Anfall bezw. Erwerb ab intestato erfahren hat (a die scientiae), muß das Inventar begonnen und innerhalb weiterer 60 Tage (tempus utile) vollendet werden. Liegt die Erbschaft oder ihr größerer Teil an einem vom Erbenwohnsitz verschiedenen Orte,[2]) so läuft für die Fertigung des Inventars eine Frist von 1 Jahr seit dem Tode des Erblassers (tempus continuum).[3]) Aus der Sache ergibt sich, daß die Inventarisierung in mehreren actus geschehen kann. Bei einer Mehrzahl von Erben hat jeder die ihm zukommende Frist einzuhalten.[4])

b) bezüglich der bei Errichtung des Inventars notwendigen Personen.

Die const. § 2a bestimmt sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt.

---

1) So Marezoll p. 274, Sintenis III § 185 p. 526, Kollenscher p. 29. Strippelmann p. 14; wenn sie vom Inventarisierenden mit dem Willen Erbe zu sein vorgenommen wird: Koeppen § 34 p. 212, in dubio: Mühlenbruch 41. Bd. § 1468 p. 401/3 und Brunck p. 25. Das Gegenteil behaupten v. Buchholtz p. 407, 409/11, Schütze s. v. inventarium.

2) Abesse ist hier nach l. 173 D. de v. s. 50,16 qui extra continentia urbis est, abest zu fassen. Mühlenbruch 41. Bd. § 1468 p. 356, Strippelmann p. 7, Kollenscher p. 23.

3) Diese Frist genügt nach Justinian für die weitesten Entfernungen. Daraus, daß sich oft erst aus der Inventarisierung ergibt, welche Frist im Einzelfall zusteht, und die Fristen verschieden berechnet werden, erwachsen Schwierigkeiten. Mühlenbruch a. a. O. p. 356/9, Sintenis a. a. O. p. 527 A. 15 Kollenscher p. 23. Gleichgültig ist für die Berechnung der Frist, wo der Erblasser gestorben ist. Strippelmann p. 6/7.

4) Strippelmann p. 6/7, Brunck p. 8. Nur für den heres praesens ist eine Frist für Beginn des Inventars gesetzt, damit die Gläubiger wissen, wie sie daran sind. Die Glosse will nach Analogie des heres praesens dem h. absens 4 Monate zum Beginn des Inventars geben. Dagegen mit Recht v. Buchholtz p. 395 (unter falscher Auslegung von § 1) und offenbar nach ihm Brunck p. 11, Kollenscher p. 20/22. Für den h. absens war eine solche Bestimmung wegen der Verschiedenheit der Entfernungen nicht aufstellbar.

Zu tabulariorum interpretiert die Glosse: id est tabulari. Sic plurale interdum ponitur pro singulari.

In § 2 b wird verlangt, daß ein besonderer tabularius zur Unterschreibung des Inventars beigezogen werden muß, wenn der Inventarisierende nicht schreiben gelernt hat oder aus einem anderen Grunde augenblicklich am Schreiben verhindert ist. Indem der Kaiser diesen Fall mitberücksichtigt, setzt er den Plural.[1])

Unklar ist, wen Justinian unter ceteri verstanden haben will. Man muß annehmen, daß die Worte ceterorumque . . . sunt

1. eine Zusammenfassung für mindestens 2 Gruppen von Personen ist, deren verschiedene Aufgabe bei der Inventarisierung hier nicht näher auseinandergesetzt werden sollte.

2. Daß diese Gruppen durch die bisherige Rechtsübung bekannt waren oder aus der Verordnung selbst ersichtlich sind.

Bechmann (p. 19) versteht unter ceteri die Schreiber, welche das Inventar fertigen, indem er annimmt, daß der Erbe nur die Unterschrift selbst geben müsse. Trotz der Richtigkeit dieser Voraussetzung trifft die Auslegung nicht zu. Die Schreiber können doch wohl nicht als necessarii gelten. Und wozu der Plural? Einer hätte genügt.

In Betracht können kommen:

1. Zeugen und zwar Solennitätszeugen für die Vornahme des Aktes und Beweiszeugen für die Richtigkeit des Inventars.

2. Schätzer.

3. Interessenten (Erbschaftsgläubiger, Legatare und Fideikommissare).

Die Glosse interpretiert unter Einbeziehung der ergänzenden Vorschriften in Nov. I. (vom 1. Jan. 535) c. 2 § 1 zu ceterorumque: puta trium testium et legatorum et creditorum und andre[2]) folgen ihr. Indes ist in der Novelle von

1) So Mühlenbruch 41. Bd. § 1468 p. 359,60, anschließend Brunck p. 13; Kollenscher p. 24. Nur einen tab. (Notar) verlangen außer den bei v. Buchholtz p. 402 A. 4 Genannten auch Vering, Arndts, Sintenis, Windscheid, Butzky an den p. 43 A. 1 u. 2 angeführten Stellen. Anders v. Buchholtz a. a. O.

2) Monticulus in „de benef. inv. tractatus varii“ Genevae 1672 quaestio 234 p. 279 zu ceterorumque, der beifügt: „hoc de tribus testibus non est necessarium“. Mühlenbruch 41. Bd. § 1468 p. 360, Brinz III § 399 p. 210 A. 7, Dernburg § 171 p. 344. Auch Beuster p. 8 erklärt zu ceteri: „unter anderen auch die am Orte anwesenden Erbschaftsgläubiger oder deren Stellvertreter“.

der Zuziehung der Gläubiger nicht die Rede; dagegen wird durch sie die constitutio dahin verschärft, daß die am gleichen Orte wohnenden Legatare und Fideikommissare bezw. ihre Vertreter, und wenn solche ortsabwesend sind, 3 qualifizierte Zeugen bei der Inventarisierung zugegen sein müssen.[1]) Unter ceteri könnten also von den Interessenten nur die Gläubiger gemeint sein. Auch Kollenscher (p. 25) hat diese Möglichkeit angenommen. Brunck (p. 13/14) erklärt allerdings: „Da im Inventar nur die Aktivmasse festzusetzen ist, so dürfte die Anwesenheit der Gläubiger als gleichgiltig erscheinen.“ Das ist unrichtig; die Gläubiger haben ein Interesse an der richtigen Aufnahme des Nachlasses, da er allein ihnen zur Deckung dient. Ihr Interesse muß sogar größer sein als das der Legatare und Fideicommissare, da sie ein dammum erleiden können, während diese pro lucro certant. Da nun die Zuziehung der Vermächtnisnehmer in Novelle I angeordnet ist, die der Gläubiger aber nicht, so könnte man meinen, sie seien schon in den ceteri der constitutio begriffen.[2]) Indes hat der Schutz der Vermächtnisnehmer einen besonderen Grund. Ungetreues Inventar schadet zunächst nur ihnen, da die nicht befriedigten Gläubiger sich an sie halten können. Durch ihre Gegenwart wird zugleich das Interesse der Gläubiger gedeckt. Die Zuziehung dieser aber ist weder sonst bei Inventaraufnahme gewöhnlich noch an einer anderen Stelle der constitutio angeordnet. Ja eine Ladung der Gläubiger entspricht gar nicht der Absicht des Gesetzgebers. Der Erbe braucht — wenn er nicht wegen der Berechnung der Quart selbst ein Interesse hat — nach den Schulden überhaupt nicht zu forschen. Eine Feststellung der Schulden wäre aber Voraussetzung für die Beiziehung der Gläubiger. Auch könnten Vorschriften für den Fall der Abwesenheit von Gläubigern, wie sie in der Novelle für die Vermächtnisnehmer getroffen sind, auch in der constitutio nicht fehlen. Dazu kommt, daß Justinian in Nov. I

1) c. 1 § δ: *ἐκείνου μόνου προστιθεμένου* . . .

2) cf. Phanucius de Phanuciis im tractatus quaest. 240 § 2 p. 383/4.

c. 2 § 1 δ mit Rücksicht auf die bisherige Inventarisierung sagt: „ταβουλαρίοις γὰρ μόνοις, τό γε εἰς τοῦτο ἧκον, οὐ πιστεύομεν." Also sind nach der Verordnung die tabularii die einzige Garantie für die Glaubwürdigkeit des Inventars.

Damit fallen aber zugleich die Beweiszeugen weg, zu denen auch die sachverständigen Taxatoren[1]) gehören würden. Dazu stimmt, daß in § 10 unter den Beweismitteln, welche bei Verdacht ungetreuer Inventarerrichtung die Wahrheit ergründen sollen, der Zeugeneid fehlt.

Es bleibt also nichts übrig als an Solennitätszeugen[2]) zu denken. Soll aber der ganze Ausdruck ceterorumque etc. nicht eine zwecklose Weitschweifigkeit sein, so müssen mindestens 2 Gruppen solcher Zeugen mit verschiedenen Aufgaben gemeint sein. Die eine Gruppe wird in § 2 b genannt: testibus videlicet adsumendis, qui heredem cognoscunt et iubenti ei tabularium pro se subscribere interfuerint. Die 2. Gruppe sind die gewöhnlichen Instrumentszeugen. Ihre Gegenwart entspricht wohl der bisherigen Praxis. Vielleicht gestattet videlicet (§ 2 b ct.) einen Schluß. Ist es in dem besonderen Fall so natürlich, daß Zeugen zugezogen werden müssen, so darf man annehmen, daß die Zuziehung von Zeugen zur Aufnahme des Inventars sich von selbst versteht. Bezüglich ihrer Zahl gilt Ulpians[3]) Meinung: ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficiunt: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.

c) Bezüglich der Urkunde:

Die constitutio verlangt in § 2 inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Nach unserer Auffassung des Vermögensbegriffes ist es selbstverständlich, daß die Schulden in das Inventar nicht aufzunehmen

1) Ihre Beiziehung verlangt Thibaut § 894 p. 223. Ihm stimmen zu v. Buchholtz p. 403 A. 1 (dieser findet eine Bestätigung hiefür in § 3, indem er die instructi procuratores als sachverständige Stellvertreter betrachtet. Indes wird instructi durch „mit Weisungen versehene" zu übersetzen sein), anschließend Brunck p. 14 u. Kollenscher p. 25, Schweppe § 848 p. 178, anschließend Mansfeld p. 19, Vering p. 518, Arndts § 523 p. 847 A. 2.

2) So Sintenis III § 185 p. 526, Keller J. § 316 p. 303, Windscheid III § 606 p. 201 A. 8, Butzky p. 13.

3) l. 12 D. de test. 22,5.

sind,[1]) sondern nur die Activa; der Erbe muß aufnehmen, was er vorfindet. Daher gehören Accessionen ins Inventar,[2]) während die seit dem Tode des Erblassers untergegangenen Sachen nicht aufgenommen werden.[3])

Auch das Inventar eines Teilerben muß den ganzen Nachlaß umfassen.

Ob den einzelnen Gegenständen der Schätzungswert beigefügt sein muß, wird später zu erörtern sein.

Der heres praesens muß das Inventar selbst aufnehmen (§ 2). In den Worten: ab ipso conficiatur liegt nicht auch, daß er das Verzeichnis selbst schreiben muß,[4]) wenn dies auch die Regel ist (cf. § 10 quam in inventario scripsit); denn für den Fall, daß der Erbe nicht schreiben kann, ist keine besondere Form für die Niederschrift des Verzeichnisses verlangt. Auch der durch tamen eingeleitete Gegensatz subscriptionem tamen heredem necesse est supponere scheint darauf hinzuweisen: dagegen muß der Erbe selbst unterschreiben mit Angabe des Wertes der Erbschaftsgegenstände und der Versicherung, daß sie bei ihm verbleiben, ohne daß bereits eine Böswilligkeit gegen sie geschehen ist oder künftig geschieht. Der schreibunfähige Erbe muß in Gegenwart von Zeugen, die ihn kennen, ein Kreuz (venerabile signum) daruntersetzen und ein zu diesem Zweck zugezogener tabularius dann die obige Bemerkung für ihn hinschreiben (§ 2b).

Der heres absens kann das Inventar auch durch Stellvertreter, die mit Weisungen versehen sind, errichten lassen[5]) (§ 3).

1) Die Aufnahme der Schulden verlangt Schweppe § 848 p. 179, Kœppen § 34 p. 210; auch Mansfeld p. 28/9, doch soll Unvollständigkeit in dieser Hinsicht nach ihm nicht schaden. Nach v. Buchholtz p. 403 A. 3 dürfen sie aufgenommen werden. Kollenscher p. 11 hält dies für überflüssig.

2) So v. Buchholtz p. 403 A. 3, anschließend Kollenscher p. 11.

3) So Kollenscher p. 11,44 A. 1 gegen v. Buchholtz p. 403 A. 3. Kollenscher p. 10 will, daß Sachen, welche sich auf Grund eines depositum, Commodats, Pfandrechts u. s. w. im Nachlaß befinden, mit einer entsprechenden Bemerkung aufgenommen werden.

4) So auch Bechmann p. 19/20 aus anderen Gründen.

5) Auch für den heres praesens lassen dies zu: Mühlenbruch 41. Bd. § 1471 p. 427, anschließend Mansfeld p. 29 und Kollenscher p. 13, Sintenis III § 185

Nichtbeobachtung der strengen Formvorschriften hindert das Zustandekommen eines gültigen Inventars (§ 4 si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint). Auch geringe Fehler schaden.[1] Dagegen trifft den Erben für ungetreues Inventar nur die poena dupli, die Strafe des furtum nec manifestum.

B. Wirkung des ordentlichen Inventars.

§ 4 bestimmt als Wirkung des ordentlichen Inventars: et hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.

Die Erhaltung der quarta Falcidia kann nur im Hinblick auf den die Inventarerrichtung versäumenden Deliberierenden, der die quarta nicht hat, als Vorteil erscheinen; denn auch der Erbe ohne Deliberation und beneficium inventarii darf die Quart abziehen.[2]

Ausschlaggebend ist die Wirkung, daß der Benefizialerbe den Erbschaftsgläubigern nur soweit haftet, als der Nachlaß reicht. Dieser Rechtswohltat widerspricht die Annahme, daß der Benefizialarbe ein Rücktrittsrecht hat.[3] Sein Erbschaftserwerb ist unwiderruflich.[4] Der künftige

---

p. 524 A. 13, Kœppen L. § 34 p. 210/11; dagegen v. Buchholtz § 402 A. 3; Strippelmann p. 3.

Die älteren Praktiker und Neuere dehnen die Vorschrift der constitutio dahin aus, daß sie negot. gestio (besonders eines Miterben) für zulässig erachten, wenn innerhalb der gesetzlichen Frist Ratihabition erfolgt. cf. die oben Zitierten außer v. Buchholtz. Der Nachlaßkurator kann kein Inventar mit beschränkender Wirkung errichten. Kollenscher p. 17.

1) cf. Mühlenbruch 41. Bd. § 1471 p. 426, Kollenscher p. 12, Sintenis III § 185 p. 524 A. 13.

2) Iustinian hat dies durch Nov. I geändert. Nach c. II § 1 muß der Erbe zur Erhaltung der Quart und Vermeidung der unbeschränkten Haftung für Liberalitäten ein Inventar nach der l. 22 ct. errichten, wobei hinsichtlich der zuzuziehenden Personen noch die oben erwähnten Verschärfungen eintreten.

3) Diese alte Anschauung (cf. Kollenscher p. 30/31) hat neuestens, wieder Kœppen L. § 34 p. 213/4 unter Berufung auf § 13,14 vertreten.

4) So Thibaut § 895 p. 224, v. Buchholtz p. 420, Mühlenbruch 41. Bd. § 1469 p. 365, Windscheid III § 606 p. 202. A. 9, Casso p. 14/5, Brunck p. 23/5, Bechmann p. 14/5. Kollenscher p. 30/33, Beuster p. 9.

Benefizialerbe hat mit dem Erwerb der Erbschaft die Stellung eines gewöhnlichen Erben. Er haftet einstweilen den Erbschaftsgläubigern unbeschränkt mit dem eigenen (ursprünglich- und ererbteigenen) Vermögen, den Vermächtnisnehmern nach der lex Falcidia. Denn da die beschränkte Haftung erst im Augenblick des Inventarabschlusses eintritt (§ 4 si praef. obs. inv. fac. solidaverint), der Erbe aber bereits vorher den Erbschaftsgläubigern und Legataren haftet (§ 11),[1]) so kann die bis Inventarabschluß bestehende Haftung nur die unbeschränkte sein. Aber durch Erfüllung der gesetzlichen Resolutivbedingung, welche formgerechte Inventarisierung innerhalb der gesetzlichen Fristen verlangt, ist die unbeschränkte Haftung beschränkbar. Mit dem Verstreichen der Fristen ohne Erfüllung fällt die Beschränkungsmöglichkeit weg.[2]) Die bestehende unbeschränkte Haftung ist definitiv geworden. Durch Existenz der Bedingung wird die unbeschränkte Haftung des Erben insoweit resolviert, daß er nicht mehr mit seinem Gesamtvermögen, sondern nur mit dem ererbten (cum viribus) oder, wie andere wollen, zwar mit seinem gesamten Vermögen, aber nur in Höhe des Nachlaßwertes (pro viribus) haftet.

Der Streit über diese wichtige Frage ist noch nicht entschieden.

Die ältere Lehre (cum viribus), welche sich schon in

---

1) Deshalb ist die Bestimmung notwendig, daß der Erbe von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern nicht in Anspruch genommen werden dürfe, solange die gesetzlichen Fristen für Beginn bezw. Vollendung des Inventars noch nicht abgelaufen seien. Diese Zeit ist pro deliberatione gegeben, d. h. an Stelle des früheren spatium deliberandi, cf. *ἀντὶ διασκέψεως* Bas. L. 35 tit. 14 § 11. v. Buchholtz p. 391. A. 2, Kappen L. 34 p. 212, Kollenscher p. 32.

2) So ist § 12 zu verstehen: sin vero, postquam adierint vel sese immiscuerint, praesentes vel absentes inventarium facere distulerint, et datum iam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit, tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerunt et heredes esse omnimodo intellegantur et debitis hereditariis in solidum teneantur nec legis nostrae beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt. cf. Strippelmann p. 14: „Fehlt es an den deshalbigen Erfordernissen, so bleibt die Erbschaft angetreten und es fallen nur die Rechte weg, welche auf die Rechtswohltat gegründet werden können."

der Glosse findet[1]) und das gemeine Recht beherrscht,[2]) wird besonders vertreten durch Schweppe (§ 848), Thibaut (§ 895), v. Buchholtz, Mühlenbruch, dem Puchta (P. § 508) folgt, Strippelmann, Keller (P. § 535, J. § 316), Vering (XVII p. 517 ff.), Arndts (§ 523), dem sich Wächter (II § 304) anschließt, Birkmeyer (p. 273 A. 628), Bruns (§ 97), Schütze (s. v. Inventarium), Koeppen (L. § 34), der auch Randa zitiert, Hofmann, Brunck, Unger (§ 42 A. 8), Bernhöft (p. 95/6), Kulmey, der p. 16 A 1 noch Förster anführt. Auch das Reichsgericht[3]) hat sich für sie ausgesprochen.

Die Haftung pro viribus nehmen an: Brinz (III § 399), Windscheid (III § 606), Dernburg (III § 171), Mansfeld, Casso, Bechmann, Kollenscher, Beuster. Nach der Meinung der Mehrzahl wird der Nachlaßwert durch Schätzung bei der Inventarisierung gewonnen und als Haftungssumme im Inventar festgelegt.

An dieser verschiedenen Auffassung ist der teilweise zweideutige Wortlaut der constitutio schuld.[4])

I. Für die Haftung p r o v i r i b u s werden ins Feld geführt:

A. Der Wortlaut:

§ 4: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.[5]) Hier sei das Prinzip der Haftung pro viribus ausgesprochen.

§ 16: ut milites . . . . in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.[6]) Auch der Soldat hafte nur auf den in der Erbschaft vorgefundenen Betrag.

§ 9: in computatione patrimonii damus ei excipere et retinere. Mit dem Berechnungsmodus vereinige sich leicht

---

1) gl.: nec dimittendis creditoribus supra id quod suppetunt bona hereditaria.

2) cf. Casso p. 36 ff.

3) E. Bd. I. p. 98.

4) Ihn beklagen Casso p. 25, Kulmey p. 14, Beuster p. 15, während Kollenscher p. 40 von der „deutlichen Entscheidung" der Quellen spricht.

5) Windscheid p. 201 A. 9, Dernburg p. 345, Mansfeld p. 14, Casso p. 23, Bechmann p. 26, Kollenscher p. 39 Beuster p. 14.

6) Mansfeld p. 14, Casso p. 22/23, Bechmann p. 30, Kollenscher 37/38, Beuster 14/15.

die Haftung pro viribus, wenn der Nachlaß „eine durch Schätzung festgelegte rechnerische Größe“ bilde. Bei der Haftung cum viribus müsse der Erbe so viel Gegenstände aus dem Nachlaß entnehmen, als zu seiner Befriedigung dienen. Die Durchführung bereite Schwierigkeiten, namentlich bei Unteilbarkeit der Gegenstände. Überhaupt könne ein solcher Vorgang nicht computatio genannt werden.[1])

§ 5: post emensum patrimonium.[2]) Bechmann führt aus, emetiri könne nur von der Verausgabung des Wertbetrages des väterlichen Vermögens, nicht von der Verteilung der Nachlaßobjekte unter die Gläubiger verstanden werden. Auch sei dem Gesetzgeber gleichgültig, wie der Erbe die Gläubiger befriedige; er stelle sich nicht vor, daß der Erbe die Nachlaßobjekte lediglich zu ihrer Befriedigung verwende. Eine obligatorische Verteilung des Nachlasses unter die Berechtigten hätte eine gesetzliche Begründung ihrer Verpflichtung sich eine datio in solutum gefallen zu lassen zur notwendigen Voraussetzung gehabt, Justinian aber habe eine solche nicht schaffen wollen.

§ 10: in duplum hoc restituere vel hereditatis quantitati computare compellantur. Kollenscher (p. 40) bemerkt: daß der Erbe die hinterzogenen Sachen in 2 Exemplaren in die Masse werfen solle, sei ausgeschlossen und bei nicht fungiblen Sachen unmöglich. Auch hier handle es sich lediglich um Rechnungsgrößen.[3])

B. Die logische Interpretation:

Man müsse versuchen, das neue Gesetz in Einklang mit dem bis dahin geltenden Recht zu bringen. Vor der constitutio habe der Erbe mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden des Erblassers gehaftet, durch das beneficium inventarii hafte er ebenfalls mit seinem ganzen Vermögen, aber nur in Höhe der Nachlaßaktiva. Aus der Haftung cum viribus ergebe sich eine neue Verpflichtung: die Gläubiger aus dem Nachlaß zu befriedigen. Diese zwinge

---

1) Bechmann p. 28, Kollenscher p. 39/40.

2) Windscheid p. 201 A. 9, Bechmann p. 28/29.

3) Ebenso Casso p. 24, Bechmann p. 18.

den Erben den Nachlaß im Interesse der Erbschaftsgläubiger zu verwalten — wovon die constitutio nichts enthalte.[1])

C. Die Konsequenzen:

1. Die Haftung pro viribus biete geringere Schwierigkeiten in der Durchführung.

Wenn der Nachlaß den Erbschaftsinteressenten entzogen werde ohne Schuld des Erben und ohne zufälligen Untergang (z. B. durch Eingreifen eines persönlichen Gläubigers des Erben mit vollstreckbarem Titel), müßte auch bei der Haftung cum viribus das persönliche Vermögen des Erben in Anspruch genommen werden, damit der Erbe nicht einen Gewinn auf Kosten der Erbschaft mache (§ 10). Bei der Haftung pro viribus erwachse in diesem Fall keine Schwierigkeit, da er von vorneherein mit seinem eigenen Vermögen hafte.[2])

Nur bei der Haftung pro viribus sei der Erbe unbeschränkter Herr über den Nachlaß, so daß er beliebig über ihn verfügen könne. Bei der Haftung cum viribus müsse er die längste Verjährungsfrist abwarten um ohne Gefahr für das eigene Vermögen über den Nachlaß verfügen zu können.[3])

2. Die Haftung pro viribus entspreche in höherem Maße dem Wesen des beneficium inventarii, welches den Erben schützen, die Erbschaftsgläubiger aber nicht schädigen wolle. Verfügungen des Erben über den Nachlaß könnten bei dieser Haftungsart den Gläubigern nicht schaden.[4])

II. Die Haftung cum viribus.

Die Beweise für die Haftung pro viribus schlagen nicht ein, während andrerseits sich gute Gründe für die Haftung cum viribus finden.

A. Der Wortlaut:

1. Zu den allgemeinen Wendungen, in denen das neue Prinzip der beschränkten Haftung ausgesprochen ist, gehören noch

1) Casso p. 26, ebenso Bechmann p. 30/31, Beuster p. 15.
2) Bechmann p. 32/33.
3) Bechmann p. 33, Kollenscher p. 41.
4) Casso p. 19, Kollenscher p. 40/41

§ 14: secundum modum patrimonii obligari.

§ 6 J. de h. qu. et. d. 2,19: in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit und Theoph. paraphr. *εἰς τοσοῦτον κατασχήσεται, εἰς ὅσον ἡ τῶν πραγμάτων τῆς κληρονομίας συνάγεται ποσότης.*

Nov. 1 c. 2 γ: *ὅτε τοὺς ἀνθρώπους ἐξῃροῦμεν τῆς ἐκ τῶν προσελεύσεων ἐπὶ τοῖς οἰκείοις πράγμασι ζημίας, ἱστάντες τὰ βάρη μέχρι τοῦ τῆς οὐσίας καταλελειμμένης μέτρου.*

Im Gegensatz zur Haftung in solidum (§ 14) betonen sie die Haftung bis zum Maße des Nachlasses. Diese kann aber pro und cum viribus sein. Daher lassen sich die Stellen für beide Auffassungen verwerten.[1]) Bezüglich der Hauptstelle § 4 ist zu bezweifeln, ob valere in . . die Bedeutung „wert sein" und nicht vielmehr „Kraft haben, reichen" hat.[2]) Doch läßt sich auch erstere Auslegung mit der Haftung cum viribus in Einklang bringen. Kulmey (p. 14) erklärt die Worte als einen vereinzelten, wenig sorgfältig gewählten Ausdruck, dem keine besondre Bedeutung beizumessen sei, andere[3]) beweisen damit die Haftung cum viribus.

Die übrigen Stellen[4]) § 9, § 5, 10, 14a sprechen zwar vom Werte der Erbschaft, bezeugen aber ebensowenig wie das „valere" eine Haftung pro viribus. Denn auch bei der Haftung cum viribus kommt der Nachlaß als Wert in Betracht:

a) bei der computatio patrimonii (§ 9), d. h. bei der Berechnung des Betrages, welcher den Gläubigern und Legataren gegenüber (Berechnung der Quart!) als patriomonium gelten soll. Dabei darf der Erbe aus dem Nachlaß den seinen notwendigen Ausgaben entsprechenden Wert herausnehmen und zurückbehalten (excipere et retinere). Ob er sich dabei durch Entnahme von Geld oder gleichwertigen Gegenständen aus der Erbschaft oder durch den Erlös aus

1) Mit § 6 J. et. begründet Unger § 42 p. 181 A. 8 die Haftung cum viribus, Mansfeld p. 14 die Haftung pro viribus. Über § 4 siehe den Text

2) Bernhöft p. 96.

3) v. Buchholtz p. 413, Unger a. a. O. A. 8.

4) Über § 16 siehe unten p. 55.

einem zu diesem Zweck vorgenommenen Verkauf erbschaftlicher Gegenstände befriedigen will, steht ihm frei. Bei der Zusammenzählung braucht er das Entnommene nicht in Anschlag zu bringen.

b) bei der Liquidierung des Nachlasses durch den Erben, welche Justinian beabsichtigt. Bechmanns gegenteilige Ansicht wird sich als irrig erweisen.

Die Grundlage der Haftung pro viribus aber ist nach der Anschauung der Mehrheit die Haftungssumme, welche durch Schätzung des Nachlasses bei der Inventarisierung bestimmt werden soll. Brinz[1]) behauptet ohne weitere Begründung: „Die Inventarisierung des Nachlasses ist . . . eine Spezifizierung und Schätzung desselben zur Festlegung der Summe, bis zu welcher Erbschaftsgläubiger und Legatare zu befriedigen sind.“ Bechmann[2]) unterstützt ihn unter Berufung auf die Bedeutung von quantitatem rerum (§ 2 b). Auf dem gleichen Standpunkt stehen Kollenscher (p. 26) und Beuster (p. 9, 13). Auch Mansfeld (p. 19) verlangt unmittelbare Taxierung der Nachlaßgegenstände, aber dieser Schätzungswert hat nach ihm nur die Bedeutung einer Mindesttaxe für den Erben. Dernburg[3]) und Windscheid[4]) äußern sich nicht näher, während Casso (p. 23/24) eine Schätzung bei Inventarisierung verwirft und unter Hinweis auf ähnliche Fälle nachträgliche Feststellung des Wertes für möglich hält. Indes wird man Bechmann (p. 16) zustimmen dürfen, daß Anhänger der Haftung pro viribus „ohne die Annahme, daß die Inventarisierung eine Schätzung des Nachlasses in sich begreife, nicht leicht auskommen.“ Der Erbe muß allerdings bei der Unterschrift den Wertbetrag der Erbschaftsgegenstände angeben (§ 2 b: subscriptionem tamen supponere heredem necesse est significantem quantitatem rerum).[5]) Es fragt sich aber, ob dieser die

---

1) Br. III § 399 p. 211.

2) B. p. 4, der auf die Bedeutung von quantitas rer. her. (Wert der Nachlaßmasse) in § 7, 10, 14 d hinweist.

3) D. p. 345.

4) W. p. 201 A. 8.

5) Strippelmann p. 3/4, Arndts § 523 p. 847 A. 2, Keller P. p. 1002, J. p. 303.

Bedeutung einer Haftungssumme haben kann. In diesem Falle müßte die constitutio das Hauptgewicht auf die Gewinnung einer möglichst zuverlässigen Schätzung des Wertes legen. Aber derartige Vorschriften fehlen vollständig.[1])

Als Schätzer erwartet man unparteiische Taxatoren. Nun sind aber solche Sachverständige, wie die Ausführungen zu ceterorumque dartun, nicht beizuziehen. Es kommt also nur der Erbe in Betracht, die für diese wichtige Vornahme ungeeignetste Person. Darum behauptet Bechmann, Justinian habe wegen der wohlbegreiflich niederen Schätzung durch diesen in Nov I. c 2 § 1 die Zuziehung der Gläubiger und Legatare oder bei deren Abwesenheit dreier Zeugen befohlen, damit diese auf die Nachlaßtaxierung durch ihre Gegenwart einen entsprechenden Einfluß ausüben könnten. Allein in der Novelle steht, wie oben dargelegt ist, nichts von der erforderlichen Anwesenheit der Gläubiger.

Zur Berechnung des richtigen Gesamtwertes ist weiter notwendig, den Wert der einzelnen Gegenstände für einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen. Die Schätzung der einzelnen Gegenstände und Eintragung des Wertes ins Inventar haben schon vor Brinz auch Vertreter der Haftung cum viribus angenommen, allerdings nicht zur Feststellung der Haftungssumme, sondern weil auch bei der Haftung cum viribus der Schätzungswert des einzelnen Gegenstandes von Bedeutung sein kann.[2]) Auf Grund von § 2 b haben nämlich einzelne Kommentatoren behauptet, daß der Wertbetrag der einzelnen Stücke beigesetzt werden müsse, die communis opinio war jedoch dagegen.[3]) Mühlenbruch[4]) schließt aus diesen Worten, daß nicht die einzelnen Ansätze, sondern die Summen der einzelnen Kapitel des Inventars angegeben werden müssen. Dabei verweist er auf die Glosse des Accursius zu quantitatem; sie bemerke mit Recht, daß es

---

1) So auch Schweppe § 848 p. 178. Koeppen p. 213 A. 2, anschließend Kulmey p. 16. Auch Casso p. 23/24 gibt dies zu.

2) Casso p. 23 A. 18, Bechmann p. 16.

3) cf. Monticulus quaest. 234 im tractat. de inv. benef. zu quantitatem rerum p. 279/80.

4) M. 41. Bd. § 1468 p. 360 N. 74. Nach ihm offenbar Brunck p. 11.

genüge, wenn der Erbe im allgemeinen die im Inventar enthaltenen Ansätze für richtig erkläre. Die Glosse sagt: mobilium et immobilium; nam sufficit, quod dicat: ego recognosco omnia mobilia et immobilia scripta a notario superius me habere et tenere. Sie spricht also überhaupt nicht von einer Wertangabe.

Diesen Auffassungen gegenüber ist hervorzuheben, daß die constitutio in § 2 nur ein inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, und in § 2b lediglich bei der Unterschrift quantitatem rerum verlangt, also nicht Eintragung von Einzelschätzungen, sondern nur Angabe des Gesamtwertes, über dessen Feststellung durch Schätzung der einzelnen Gegenstände sie Vorschriften nicht gibt.

Auch über den Zeitpunkt, für welchen die Schätzung vorzunehmen ist, enthält die constitutio keine Bestimmung, obwohl er sowohl wegen der Zahl der zu schätzenden Gegenstände als wegen ihres derzeitigen Wertes von größter Bedeutung ist. So sind auch die Vertreter der Haftung pro viribus verschiedener Meinung. Casso (p. 32), Bechmann (p. 34/5), Beuster (p. 12) berechnen die Haftungssumme für den Augenblick des Todes des Erblassers nach Analogie der quarta Falcidia, Kollenscher (p. 43/44) für den Augenblick des Inventarabschlusses, Mansfeld (p. 18) für den Moment der wirklichen Befriedigung der Gläubiger durch den Erben.

Nach allem kann die Angabe des Wertes nicht den Zweck haben die Höhe der Haftung des Erben festzulegen. Dazu stimmt, daß die Prüfung des Inventars sich nur auf die Zahl der Gegenstände, nicht auf die Wertangabe bezieht; denn der Erbe wird nur wegen Unterschlagung, nicht aber wegen absichtlich falscher Wertangabe gestraft, welche die Interessenten doch mindestens ebenso schwer schädigen könnte (§ 10). Justinian will vielmehr vom Erben eine Angabe des Gesamtwertes[1] zu dem Zweck, daß er sich einen allgemeinen Überblick über die Erbschaft verschaffe, der bei der Liquidation des Nachlasses von Bedeutung sein kann.

[1]) siehe unten p. 62.

2. So wenig von Vorschriften über eine Schätzung zur Fixierung der Haftungssumme in der Verordnung die Rede ist, so ausführlich lauten ihre Bestimmungen über die Nachlaßregulierung durch den Erben. Aus ihnen geht unzweifelhaft hervor, daß der Erbe die Erbschaftsgläubiger und Legatare aus dem Nachlaß — aus erbschaftlichen Gegenständen selbst oder ihrem bei der Regulierung sich ergebenden Werte — befriedigen, sein eigenes Vermögen aber unangetastet behalten soll.

a) Justinian nimmt als Ausgangspunkt für die Schaffung des beschränkt haftenden Erben die Gordianische Constitutio zu Gunsten der Soldaten: quatenus pro his tantummodo conveniantur rebus, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur (pr.). Der Soldat, welcher in Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit eine Erbschaft erworben hat, soll nur entsprechend den Nachlassgegenständen belangt werden, das eigene Vermögen aber soll von den Erbschaftsgläubigern nicht angegriffen werden können. Dass hier der Wortlaut eine Haftung cum viribus ausspricht, behaupten nicht nur Vertreter[1]) dieser Haftung, sondern auch Gegner[2]) Bechmann (p. 25/26) indess glaubt, dass Justinian auch von einer Haftung pro viribus sagen konnte, die bona des Erben sollten nicht weiter in Anspruch genommen werden. Zudem habe Gordian eine Haftung cum viribus nicht begründen können, da diese mit dem damals noch üblichen Formularprozess, der nur die condemnatio auf eine Geldsumme gekannt habe, sich nicht vertragen hätte. Kollenscher (p. 38/39) pflichtet Bechmann bei. Bezüglich des Satzes ipsorum — inquietentur lässt er die Möglichkeit offen, dass sie nur das allgemeine Prinzip enthielten, „die Soldaten sollen in der Gesamtwirkung keinen Vermögensnachteil erleiden", oder daß die Gesetzesworte Gordians nur mit starken Veränderungen in den Text Justinians übergegangen seien. Jedoch bietet

1) So Kœppen p. 213, Brunck p. 38, Unger p. 181 A. 8, Kulmey p. 14, Seufferts Archiv 31. Bd. N. 182.

2) Mansfeld p. 14 sieht im pr. „das einzige und undeut lichere Zeugnis für die Haftung cum viribus. Casso p. 32, Kollenscher p. 37, Beuster p. 14,

der Formularprozeß kein Hindernis eine Haftung cum viribus anzunehmen. Der Wert des Nachlasses bildete die Maximalgrenze der Verurteilung in eine Geldsumme, die Vollstreckung dagegen richtete sich nur gegen den Nachlaß.

Aber auch Gegner, welche anerkennen, dass der Wortlaut für eine Haftung cum viribus spricht, lehnen einen Schluss von dem Gordianischen Soldatenprivileg auf die von Justinian verordnete Haftungsart ab. Der Kaiser habe eine von diesem abweichende Haftung schaffen wollen. Das ergebe sich aus § 16, der die Haftung des Soldaten formuliere. Hier fehle der Nachsatz ipsorum bona[1]) . . und die Worte: in tantum teneantur, quantum in hereditate invenerint sprächen deutlich eine Haftung pro viribus aus.[2]) Und Casso (p. 23) behauptet noch weiter: selbst wenn die Soldaten bei Justinian cum viribus hafteten, so wäre das kein genügender Grund diese Art der Haftung auf alle anderen Erben zu übertragen.

Justinian hat das Gordianische Soldatenprivileg aufrecht erhalten und ausgedehnt. Sagt er doch in § 1: nobis apparuit esse humanum et non solum milites adiuvare huiusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere.[3]) Dass in § 16 noch einmal von den Soldaten die Rede ist, geschieht nicht wegen der besonderen Art der Haftung. Das zeigt schon der vorhergehende abschließende Gedanke: unus apparet et in milites et alios omnes iuris probabilis articulus. Es wird vielmehr eine besondere Vergünstigung für die Soldaten angefügt: es soll das gleiche gelten, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint d. h. wenn sie ein formwidriges Inventar oder gar keines errichtet haben.[4]) Auf dieser Sonderbestimmung liegt der Nachdruck,

1) Casso p. 22/23, Beuster p. 15, Kollenscher p. 37.

2) Bechmann p. 30, Beuster p. 15, Kollenscher p. 37/38.

3) cf. § 6 J. de h. q. et diff. 2,19: sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium.

4) So Mühlenbruch p. 420/25, Keller P. p. 1003, J. p. 305, Brinz p. 214, Mansfeld p. 5, Bechmann p. 29. Nach Schweppe p. 179 sind sie nicht von der Inventarisierung, sondern von den hiefür vorgeschriebenen Förmlichkeiten befreit.

die Worte: in tantum teneantur . . . wiederholen lediglich in Kürze die ursprünglich nur den Soldaten zustehende, durch Justinian auf alle ausgedehnte Art der beschränkten Haftung.[1])

b) Daß für die Erbschaftsgläubiger und Legatare nur der Nachlaß Deckungsfond sein soll, ergibt sich daraus, daß der Erbe zu ihrer Befriedigung den Nachlaß liquidieren soll.

α) § 4a: et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.[2]) Man[3]) hat eingewendet, in dieser Stelle sei nur der allgemeine Zweck des Inventars ausgesprochen, dass der Erbe durch den Erbschaftserwerb keinen Vermögensverlust erleide. Das treffe bei der Haftung pro und cum viribus zu, denn es sei der erste Gedanke, daß der Erbe die Erbschaftsstücke zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger verwenden werde. Daraus folge aber noch nicht, daß der Erbe die Exekution ins eigene Vermögen ablehnen könne. Es wird sich aber zeigen, daß bei der Haftung pro viribus das eigene Vermögen des Erben sehr geschädigt werden kann.

Gegen diese Auffassung der Regulierung spricht hier auch „si nihil reliquum est", was natürlicherweise vom wirklichen Rest einer zur Befriedigung dienenden Masse, nicht von einer Haftungssumme zu verstehen ist. Daß aber die Erbschaftsgläubiger aus dem Nachlaß befriedigt werden sollen, ergibt sich aus dem folgenden Satze § 4a: sed si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti vel ex ipsis rebus (bei Vindikationslegat) vel ex earum forsitan venditione (bei Damnationslegat).

Dasselbe sagen:

---

1) Schon die Glosse sagt: milites, etiamsi simplicitate hanc solennitatem omiserint, olim legis Gordianae retinent privilegium. Ebenso v. Buchholtz p. 431 A. 5, Mühlenbruch p. 422.

2) Schweppe p. 180, Kœppen p. 213, Seufferts Archiv 31. Bd. N. 152, Strippelmann p. 19, Keller J. p. 303, Bernhöft p. 96, Kulmey p. 15, Unger p. 181 A. 8.

3) Casso p. 23, Bechmann 26/7, Kollenscher p. 39.

§ 5: quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt.

§ 6: sin vero res hereditarias creditoribus pro debitis dederint in solutum[1]) vel per dationem pecuniarum (erbschaftlicher, wie der Nachsatz zeigt, bereits vorhandener oder aus Verkauf von Erbschaftsgegenständen erlöster Gelder) satis eis fecerint.

§ 8: adversus emptores rerum hereditariarum, quas ipse vendidit pro solvendis debitis vel legatis, ...

Daß der Erbe ohne Gefahr und rasch diese Liquidierung des Nachlasses vornehmen kann, hat er 2 besondere Rechte[2]):

1. Er darf verpfändete Sachen zur Befriedigung von Erbschaftsgläubigern und Legataren pfandfrei verkaufen. Eviktionshaftung braucht er nicht zu fürchten, da auch der Käufer der Erbschaftssachen nicht belangt werden kann, wenn der Erlös zu diesem Zwecke verwendet worden ist (§ 5). Käufer werden also leicht zu finden sein. Eine solche die Pfandgläubiger schädigende Bestimmung erklärt sich nur, wenn die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatare unter allen Umständen aus dem Nachlaß zu erfolgen hat. Bei der Haftung pro viribus wäre kein Grund vorhanden bestehende Pfandrechte vernichten zu lassen.

2. Er darf Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer

---

1) Natürlich nur, wenn die Gläubiger einverstanden sind; ein Zwang findet nicht statt. v. Buchholtz p. 418/20, Mühlenbruch p. 375.

2) Man hat an der Art der Liquidation Anstoß genommen. So sagt Hofmann (p. 582): „Es ist nicht zu hart auf diesen Teil der l. 22 das in ihr selbst (§ 5) gebrauchte Wort anzuwenden: satis absurdum est!" Ähnlich äußert sich Kulmey (p. 9). Indes haben, wie Bernhöft p. 93/95 treffend ausführt, die Mängel der technischen Durchführung des richtigen Gedankens, daß nur der Nachlaß den Erbschaftsgläubigern haften solle, in den Anschauungen und Rechtsverhältnissen der justinianischen Zeit ihren Grund.

a) Daß der Erbe ohne Rücksicht auf seine Vertrauenswürdigkeit selbst liquidiert, entspricht der Stellung des Erben seit den 12 Tafeln. Ein gerichtliches Verfahren hätte sich als Konkurs dargestellt und den guten Namen des Erblassers mit Schmach bedeckt.

b) Daß dem Erben bei der Liquidierung so exorbitante Vergünstigungen eingeräumt sind, liegt in dem Mangel eines gerichtlichen Aufgebotsverfahrens (das wiederum dem Verstorbenen Schande gebracht hätte) und in der Unsicherheit der römischen Hypothekenverhältnisse.

nach Ablauf der Inventarfrist in der Reihenfolge der Meldung befriedigen ohne Vorrechte berücksichtigen zu müssen (§ 4 a).[1])

In diesem Zusammenhang heißt es in § 5: sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia . . . processerunt, § 7: contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expenderit, nulla actio extendatur. Sed nec adversus emptores rerum hereditariarum . . . . . Es ist also hier von der Verausgabung des wirklichen, bei der Regulierung des Nachlasses sich ergebenden, nicht des geschätzten Wertes die Rede. Mit der Ausgabe des wirklichen Nachlaßwertes erlischt die Haftung des Erben: sie ist also cum viribus beschränkt.[2])

β) Ist der Nachlaß von Justinian als Deckungsfond bestimmt, so erklärt sich auch, warum der Erbe außer der allgemeinen Angabe des Betrages noch die Versicherung „quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda

---

1) a) Nichtbefriedigte Pfandgläubiger können sich nicht nur an befriedigte Legatare (siehe b.) sondern auch an minderberechtigte Gläubiger (auch Pfandgläubiger) halten und zwar mit der actio hypothecaria, wenn diese den verhafteten Gegenstand in solutum empfangen haben und noch besitzen, sonst mit der condictio ex lege. cf. das Bruchstück aus dem Kommentar des Thalelaeus in tract. de debitis (Heidelberger Jahrb. 1841 p. 551): *τοῦτο δὲ ἐν ταῖς παραγραφαῖς σαφηνίζει ὁ Θαλέλαιος οὕτως. „βὲλ κονδικτιόνεμ ἒξ λεγε. μή νομίσης“, φησὶν, „ὅτι τοῖς ἀνυποθήκοις δανεισταῖς δέδωκε τὸν ἒξ λεγε κονδικτίκιον. ἐκεῖνοι γὰρ προτίμησιν ἀπὸ χρέους οὐκ ἔχουσιν. ἀλλ᾽ ἑκατέρας τὰς ἀγωγὰς τῷ τὴν ὑποθήκην ἔχοντι παρέσχεν.“* Dazu die Glosse: per hypothecariam, si superest res hypothecaria, vel si defecerit, per condictionem ex lege. Die condictio indebiti ist hier nicht statthaft, weil auch der Gläubiger schwächeren Rechts ein debitum empfangen hat. Mühlenbruch p. 371, Brunck p. 32. Die belangten Minderberechtigten haben das ius offerendi (§ 6).

b) Alle nichtbefriedigten Gläubiger können gegen befriedigte Legatare vorgehen mit der condictio indebiti, Pfandgläubiger nach a) auch mit der actio hypothecaria (§ 5).

2) Seufferts Archiv 31. Bd. N. 152.

res apud eum remanent" (2 b.) unter das Verzeichnis setzen muß. Würde der Erbe mit seinem Vermögen in der ein für allemal fixierten Höhe haften, so wäre nicht zu verstehen, warum ihm in der Verwendung des Nachlasses nicht volle Freiheit gelassen würde. Können dagegen die Erbschaftsgläubiger und Legatare nur aus dem Nachlaß ihre Befriedigung fordern, so haben sie ein besonderes Interesse, daß der Erbe nicht nur vor Aufnahme des Inventars keine Böswilligkeit gegenüber den Erbschaftssachen begangen hat, sondern auch künftighin keine begeht und die Erbschaftssachen bei ihm verbleiben.

γ) Ein weiterer Beweis ist, daß die poena dupli an die Masse restituiert[1]) bezw. zu dem Wert der Erbschaft hinzugerechnet werden muß. (§ 10 in duplum hoc restituere vel hereditatis quantitati computare). Erbschaftsgläubiger und Legatare werden nur dann ein Interesse haben die Unredlichkeit des Inventars nachzuweisen, wenn sie nicht voll befriedigt werden. v. Buchholtz[2]) versteht unter der poena dupli die Verpflichtung die Sachen in natura doppelt zu restituieren oder den doppelten Wert an die Masse zu zahlen. Wird der Erbe einer Unterschlagung aus einer Erbschaft, die zahlungsunfähig war oder durch die Hinterziehung zahlungsunfähig geworden ist, nachgewiesen, so muß er den doppelten Betrag des Hinterzogenen der Erbschaftsmasse restituieren und den ihn belangenden Gläubiger aus dem so vermehrten Bestande befriedigen. Hat dagegen der Erbe auf die quarta Falcidia Anspruch, sei es daß sie ihm auch ohne Hinterziehung zusteht oder erst infolge dieser, so braucht er den doppelten Wert nicht zu restituieren, sondern nur zum Werte des Nachlasses hinzuzurechnen (computare), denn er hat noch einen Wertbetrag in der Masse stecken, die Quart. Diese wird nicht etwa aus dem unter Einrech-

1) Kœppen p. 216 A. 2. Dieser nimmt an, daß die Restitution eine Forderung der Erbschaft gegen das Vermögen des Erben auf das duplum voraussetze, die Forderung des klagenden Teiles aber durch den Unterschleif nicht auf das Doppelte anwachse. Casso (p. 24) betrachtet die Strafe als gegenüber den Erbschaftsgläubigern verwirkt. Ebenso Bechmann (p. 18).

2) v. B. p. 405. A. 3.

nung der poena dupli erhöhten Bestand berechnet, sondern zur Strafe für den Erben aus dem um das Hinterzogene verringerten Betrag des Reinnachlasses.[1]) Daher hat der Erbe weniger aus der Masse zu beanspruchen, als wenn er nicht hinterzogen hätte. Da er aber außerdem noch den doppelten Wert des Unterschlagenen zum Wert der inventarisierten Erbschaft hinzurechnen muß, so ergibt sich, daß er zur Befriedigung der Legatare einen noch um das Hinterzogene höheren Betrag aus der Masse verwenden muß als der redliche Erbe. Es bleibt ihm also nicht einmal die an sich kleinere Quart übrig, sondern diese mindert sich um den Wert des Hinterzogenen. Ist dieser größer als der Wert der Quart, so muß der Erbe das Fehlende decken.

Das ordentliche Inventar verweist also die Erbschaftsgläubiger und Legatare an den Nachlaß, es bewirkt zu Gunsten des Erben eine Separation des Nachlasses von seinem ursprünglich eigenen Vermögen, wie auch aus der Aufhebung der durch den Erbschaftserwerb eingetretenen confusio [2]) hervorgeht, so daß dieser einen rechtlich abge-

1) l. 24 pr. D. ad l. Falc. 35,2, Dernburg III § 101, p. 201 A. 20.

2) So Mühlenbruch p. 365, 405, Schweppe p. 181 A. 2, Puchta P. § 508 p. 730, Strippelmann p. 19, Sintenis p. 527, Vering p. 517, Koeppen p. 213, Windscheid p. 202 A. 14, Keller P. p. 1002, Arndts p. 846, Wächter p. 169, Bruns p. 526, Unger p. 178, R.G. E. Bd. I p. 98. Anders Thibaut p. 224: Der Erbe behalte die ihm gegen den Erblasser zugestandenen Forderungen, im übrigen trete auch im Falle des errichteten Inventars die Konfusion ein. Mansfeld (p. 4): das b. i. habe an der confusio bonorum nichts geändert. Casso (p. 24/25): nur die Hauptwirkung der confusio sei durch positive Bestimmung aufgehoben (anschließend Bechmann p. 22/23), man dürfe nicht annehmen, daß die Forderungen des Erblassers gegen den Erben wieder aufleben. Falsch Beuster p. 17: Seien die Forderungen des Erblassers gegen den Erben größer, so brauche er mit Rücksicht auf seine auf den Nachlaß beschränkte Haftung keinen Zuschuß zur Nachlaßmasse zu leisten. cf. auch Dernburg p. 244. Ungenau spricht § 9 nur von actiones des Erben und von „non confundantur". Auf diese Absonderung scheint der Ausdruck „et sine damno ab ea discedere" (§ 13) zu gehen. Einige (cf. Koeppen p. 214 A. 1) haben ihn im Zusammenhang mit § 14 dahin ausgelegt, daß der Erbe zurücktreten könne, wenn die Erbschaft erschöpft werde, bevor die Gläubiger sämtlich befriedigt seien. Unrichtig ist der Ausgangspunkt Koeppens (p. 216), daß der Erbe auf Grund des b. i. die Erbschaft unter der Voraussetzung ihrer Zahlungsfähigkeit erwerbe. Der Erbe ist vielmehr als dubius anzusehen.

sonderten Bestandteil des Vermögens des Erben bildet.[1]) Man möchte daher glauben, daß die Erbschaftsinteressenten auch ein ausschließliches Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß hätten. „Jedes unbefangene Rechtsgefühl", sagt Hofmann,[2]) „verlangt, daß die Erbschaftsgläubiger, wenn der Erbe nicht persönlich haftet, sich an den Nachlaß als das ihnen pfandweise haftende, vor allen ihnen vorbehaltene Exekutionsobjekt halten dürfen."

Allein mit der durch das beneficium separationis im Interesse der Erbschaftsgläubiger gewährten Separation hat diese Trennung nichts zu tun, weshalb die Gläubiger bei Vorhandensein der Voraussetzungen auf diese antragen können.[3]) Die Erbschaftsinteressenten können sich in der Exekution nur gegen den Nachlaß wenden, aber dieser ist ihnen nicht ausschließlich zur Befriedigung vorbehalten.

α) Der Erbe ist vielmehr als dominus hereditatis Dritten gegenüber in der Verfügungsbefugnis nicht beschränkt, abgesehen von alienationes in fraudem creditorum.[4]) Daher kann der Erbe auch persönliche Gläubiger aus dem Nachlaß befriedigen, wie diese die Exekution in den Nachlaß betreiben können.[5])

β) Ist aber der Erbe nicht den Erbschaftsinteressenten gegenüber verpflichtet zunächst sie aus dem Nachlaß zu befriedigen? Mühlenbruch[6]) erklärt, aus dem Umstand, daß der Erbe sich durch Zahlung an die Gläubiger so, wie sie sich melden, nach dem Bestande der Erbschaft von allen weiteren Ansprüchen befreien, seine eigenen aber behalten könne, folge von selbst, daß er sich aus der Erbschaft nichts aneignen dürfe, bis die Gläubiger des Erblassers[7]) befriedigt

---

1) Unger p. 178.

2) H. p. 582.

3) Mühlenbruch p. 379, Brinz p. 211, Windscheid § 607 A. 3, Mansfeld p. 4, Bechmann p. 21, Unger p. 182 A. 9.

4) Köppen p. 213, Brinz p. 211.

5) Kulmey p. 11,15. Für das von diesen Entnommene hat der Erbe Ersatz zu leisten.

6) M. p. 379, auch Beuster p. 10.

7) zu denen er selbst gehören kann § 9.

seien, mehr aber nicht. Die Erbschaftsgläubiger hätten bei unbefugten Erogationen des Erben aus dem erbschaftlichen Vermögen (namentlich bei Zahlungsleistungen an eigene Gläubiger) sehr häufig nur einen persönlichen Anspruch. Bechmann[1]) andrerseits weist darauf hin, daß Justinian von einer obligatorischen Gebundenheit des Erblassers nichts erwähne. Das scheint nicht richtig. Den Erbschaftsinteressenten gegenüber darf der Erbe mit dem Nachlaß nicht ganz willkürlich verfahren. Grenzen, allerdings sehr weite, sind ihm durch die Verordnung gesetzt.

1. Der Erbe muß unter das Verzeichnis setzen

a) quantitatem rerum hereditariarum. Der gewonnene Überblick über den Bestand der Erbschaft ist für das Verhältnis des Erben zu den Vermächtnisnehmern (Frage nach der Quart) von Bedeutung. Erkennt der Erbe eine Überschuldung des Nachlasses, so darf er bei der folgenden Liquidation Vermächtnisse nicht auszahlen, da er durch Leistung eines indebitum[2]) sich des dolus schuldig[3]) machen würde. Denn er muß ja auch sonst den Bestand einer Forderung prüfen. Ist ihm dagegen bei der Berechnung der Quart eine Überschuldung nicht klar geworden, weil ihm ein Teil der Schulden unbekannt ist, so darf er Gläubiger und Legatare befriedigen, wie sie sich melden, und unvermutet daherkommende Gläubiger können sich nicht an den Erben halten.[4])

b) die Versicherung, daß die Nachlaßgegenstände ohne künftige Böswilligkeit bei ihm verbleiben, d. h. er muß sie bona fide aufbewahren, natürlich zur Befriedigung der Erbschaftsinteressenten.

---

1) B. p. 23, ebenso Kulmey p. 15, der diese „Inkonsequenz" des Gesetzgebers daraus erklärt, daß es sich um eine ziemlich unvermittelte Neuerung handle.

2) l. 66 § 1 D. ad leg. Falc. 35,2, Kollenscher p. 51; anders Kulmey p. 9.

3) Die Gläubiger hätten in diesem Fall die actio Pauliana. Schon die Glosse sagt zu satisfaciant legatariis: si putant legata deberi, alioquin tenentur aliis quasi dolo desierint possidere.

4) § 4 a Satz 1 spricht von der onerosen Erbschaft, Satz 2 von der Erbschaft, bei welcher dem Erben die Quart zusteht, § 5 wohl von der Hilfe gegen improvisa debita.

2. Der Gesetzgeber legt dem Erben ausdrücklich die Pflicht auf die Erbschaftsinteressenten aus dem Nachlass zu befriedigen (satisfaciant . . . et eis satisfaciant ex hereditate defuncti . . . . § 4 a).[1])

Der Mangel an Verwaltungsbestimmungen erklärt sich daraus, dass der Kaiser sich eine schleunige Abwickelung der Geschäfte vorstellt. Diese aber muss der Erbe bona fide vornehmen, was ihm nach der Verordnung so leicht gemacht ist, ausserdem macht er sich verantwortlich und ist Entschädigungsklagen der Gläubiger ausgesetzt.[2]) Schweppe[3]) betrachtet den Benefizialerben als Geschäftsführer bei einer Kommunion (gerens), Mühlenbruch[4]) als Geschäftsführer fremder Angelegenheiten (negotiorum gestor), Beuster[5]) als Mandatar der Erbschaftsgläubiger kraft Gesetzes.

Auf Grund seines Verhältnisses zu den Erbschaftsgläubigern, als Liquidator, hat der Benefizialerbe ausser dolus nur culpa[6]) und mora[7]) zu vertreten, dagegen trifft zufällige Minderung und Mehrung die Gläubiger.[8])

In seinem Verhältniss zu den Legataren gilt das alte Recht: Zufällige Verminderungen treffen die Quart des Erben, zufälliger Gewinn kommt dem Erben zu gute.[9])

B. Die Tendenz des Gesetzes verlangt eine Haftung cum viribus. Justinian will um ungebührliche Verzögerung der Entscheidung über das Schicksal einer Erbschaft durch

---

1) Gegen den Zusammenhang versteht Brinz p. 211 unter creditores in § 4 a auch persönliche Gläubiger des Erben („daß er die Erbschaftsgläubiger wie seine eigenen, einen nach dem andern, wie sie sich melden . . . . bezahlen kann").

2) Mühlenbruch p. 372, Strippelmann p. 22, Bechmann p. 37.

3) Schweppe p. 181.

4) M. p. 406 und offenbar nach ihm Brunck p. 41, ebenso Vering p. 518.

5) B. p. 18.

6) Schweppe p. 181: omnis culpa in faciendo und diligentia quam suis adhibet; ebenso „culpa in concreto" Vering p. 518, Mansfeld p. 17,25, Kollenscher p. 45.

7) v. Buchholtz p. 417 A. 3 nach Brunnemann.

8) v. Buchholtz p. 417, Mühlenbruch p. 406, Unger p. 172, Sintenis p. 529 A. 23, Hofmann p. 582.

9) Schweppe p. 182 und v. Buchholtz p. 417 geben zufälligen Gewinn den Legataren. Dagegen Mühlenbruch p. 408, Sintenis p. 529 A. 23.

Deliberation zu vermeiden, dem unschlüssigen Erben die Möglichkeit bieten eine verdächtige Erbschaft ohne Gefahr für Verlust zu erwerben. Diese Sicherstellung des Erben ist der vorherrschende Zweck des Gesetzes, gegen den das Interesse der Erbschaftsgläubiger zurücktreten muss. Der Kaiser hebt ihn sowohl in der Verordnung selbst als auch in der Novelle I hervor:

a) im pr. der constitutio hat er den Satz: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquitentur als Ausgangspunkt seiner Neuerung hingestellt. vgl. dazu § 5 neque ipsum heredem inquietare concedantur.

§ 1 versichert er, Deliberation sei nicht mehr nötig nisi hominibus formidolosis, qui et ea timent, quae nulla digna sunt suspicione.

§ 4 bezeichnet er als Hauptwirkung des Inventars: hereditatem sine periculo habeant. Diesen Gedanken wiederholt er

§ 4 a: et nihil ex sua substantia penitus amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.

§ 10 ut undique veritate exquisita neque lucrum (unredlicher Gewinn ist gemeint) neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate.

§ 13 cum enim liceat et adire et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate.

§ 14 alter autem rudis et novus a nostro numine repertus, per quem et adeuntes sine damno conservantur.

b) in Nov. I. c. 1. bezeichnet er zweimal die constitutio als das Gesetz, welches er gegeben habe, damit der Erbe am eigenen Vermögen keinen Schaden leide.

§ γ: *ἐνομοθετήσαμεν, ὅτε τοὺς ἀνθρώπους ἐξῃροῦμεν τῆς ἐκ τῶν προσελεύσεων ἐπὶ τοῖς οἰκείοις πράγμασι ζημίας.*

§ ε: *νόμον, ὃν τεθείκαμεν ἐπὶ τῷ μηδὲν οἴκοθεν ζημιοῦσθαι τοὺς κληρονόμους τοῖς δανεισταῖς.*

Welche Haftungsart entspricht nun der Absicht des Gesetzgebers?

1. Pro viribus haftet der Erbe auf den im Inventar festgelegten Schätzungswert mit seinem eigenen Vermögen.

a) Schätzung eines Vermögens, insbesondre eines vielgestaltigen, ist immer eine unsichere Sache. Leicht kann der Erbe durch zu hohe Schätzung des Nachlaßwertes am eigenen Vermögen Schaden leiden.[1])

b) Von besondrer Wichtigkeit ist die Frage, für welchen Moment diese Haftungssumme berechnet wird. Nach ihm entscheidet sich, ob den Erben die Gefahr für zufällige Minderung des Nachlaßwertes trifft.

α) Nach der oben angeführten Ansicht von Casso, Bechmann und Beuster kommt der Augenblick des Todes des Erblassers in Betracht. Zufällige Minderungen des Nachlaßwertes[2]), welche nach dem Tode des Erblassers eintreten, müßte der Erbe tragen, da sie bei der Berechnung des Nachlaßwertes als nicht geschehen angesehen würden. Der Erbe hätte sich also vor Antritt erst wieder zu vergewissern, ob nicht seit dem Tode des Erblassers Verluste eingetreten sind. Dadurch würde der dubius wieder mehr zum auxilium deliberationis geführt, was Justinian vermeiden will.

β) Kollenscher berechnet den Wert des Nachlasses für den Augenblick des Inventarabschlusses und läßt den Erben von da an die Gefahr tragen. Auch in diesem Falle müßte der Erbe bei nachträglicher Verminderung den Ausfall tragen.

γ) Mansfeld behauptet um die Möglichkeit einer Schädigung vom Erben abzuwenden, daß für Verminderungen und Vermehrungen der Augenblick der wirklichen Befriedigung der Gläubiger nach erfolgtem Inventarabschluß entscheide. Der im Inventar festgesetzte Taxwert der Nachlaßgegenstände sei prinzipiell das Mindeste, was der Benefizialerbe zu zahlen habe. Löse er beim Verkauf weniger als die Taxe, so habe er die Differenz vorbehaltlich gewisser Gegenbeweise selbst daraufzulegen. Aber die Taxe enthalte nur die Anerkennung

1) Beuster p. 13, Kulmey p. 13/14.

2) l. 30 D. ad leg. Falc. 35,2 nennt z. B. Verminderung durch Tod von Sklaven und Tieren, Diebstahl, Raub, Brand, Einsturz, Schiffbruch, Gewalt von Feinden, Verringerung des Wertes von Erbschaftsforderungen.

des Erben für den taxierten Gegenstand die Taxe schuldig zu sein, wenn er ihm bis zur Zeit der Befriedigung der Gläubiger nicht untergegangen und nicht verschlechtert sei (p. 19). Die Taxe sei aber nur vorläufiges Minimallimito. Höherer Erlös komme dem Erben nicht zu gute (p. 23). So richtig das Streben von Mansfeld ist Verluste vom Erben abzuhalten, so wenig läßt sich seine Theorie von der quantitas als einer Minimaltaxe aus der Verordnung begründen.

Bechmann ist der Meinung, daß Justinian nur den Normalfall sich vorgestellt (p. 27) und an solche Eventualitäten gar nicht gedacht habe: sonst hätte er dem unschlüssigen Delaten nicht den Rat geben können nur ungesäumt die Erbschaft zu erwerben und nicht mit solcher Verachtung auf die Deliberation herabgeblickt (p. 35). Es ist kaum glaublich, daß Justinian diese einfache Konsequenz der Haftung pro viribus nicht beachtet hätte. Umgekehrt kann man schließen: weil der Kaiser zu schleunigem Antritt rät und das Deliberieren als überflüssig bezeichnet, muß jede Gefahr des Verlustes ausgeschlossen sein, wie er selbst so häufig versichert.

Ganz anders liegt die Sache, wie oben dargelegt ist, bei der Haftung cum viribus. Nach dieser kann der Benefizialerbe am eigenen Vermögen keinen Schaden leiden, wenn er nicht selbst die Schuld trägt.

C. Als Beweis für die Haftung pro viribus wird noch angeführt, man müsse die neue Einrichtung mit dem bisherigen Recht in Einklang bringen. Justinian habe den Zusammenhang mit dem früheren Recht nicht zerreißen wollen. Dieser Gedanke scheint nicht richtig. Der Kaiser, der sich nicht ohne Grund gegen den Vorwurf ein contemptor antiquitatis zu sein verteidigt (§ 13), konstruiert das beneficium inventarii nicht im Anschluß an das vetus gravamen, wie er die unbeschränkte Haftung nennt, sondern an die Gordianische Verordnung, die eine cum viribus beschränkte Haftung gewährte (pr.).

Nach allem ist anzunehmen, daß Justinian eine Haftung cum viribus, die ja zugleich auch eine Haftung pro viribus

ist, im Sinne hatte. Basilica L. 35 tit. 14 l. 110 bestätigt dies: *ὅτε κληρονομία πρός τινα ἐκ διαθήκης ἢ ἐξ ἀδιαθέτου κατενεχθῇ, εἰ μὲν ποιήσῃ ἔννομον ἀπογραφὴν . . . . . εἰς μόνα ἐνέχεται τὰ ἐν τῇ ἀπογραφῇ περιεχόμενα, κἂν ὑπερβαίνωσι ταύτην τὰ χρέα τοῦ τετελευτηκότος καὶ τὰ ληγάτα, μόνον διδοὺς ὅρκον περὶ ἀκρυβῆς.*

Unter den Vorwürfen, die der Kaiser für Form und Inhalt[1]) seiner Verordnung geerntet hat, begegnet uns auch der, er habe das Prinzip der Universalsuccession umgestoßen. Ihering insbesondere hat in seinen Abhandlungen[2]) das beneficium inventarii eine Neuerung genannt, die dem Grundgedanken des Erbrechts Hohn spreche und die zur Zeit der klassischen Jurisprudenz kein Kaiser vorgenommen hätte. Gegen dieses Urteil hat schon Bruns[3]) u. a. eingewendet, das beneficium inventarii sei in alle neuen Gesetzbücher aufgenommen worden und das praktisch Unentbehrliche könne nie unjuristisch sein. Allerdings widerspricht die beschränkte Haftung des Erben der von Ihering damals vertretenen, in der Folge aufgegebenen Puchtaschen Idee vom Übergang der juristischen Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben. Diese aber ist irrig. In einem späteren Werke[4]) bemerkt Ihering nur, Justinian habe die Idee der erbrechtlichen Succession in einer Weise alteriert, gegen die hunderte von sonstigen Aenderungen nicht in Betracht kämen.

Nach der vorgetragenen Auffassung der Universalsuccession ist dies keineswegs der Fall: der künftige Benefizialerbe erwirbt die Erbschaft (die Aktiva) per universitatem und haftet auf Grund der 12 Tafeln bezw. des prätorischen Edikts unbeschränkt bis zum Abschluß des Inventars. Durch diesen wird die successio ins Vermögen überhaupt nicht berührt, sondern nur die Haftung für alle Schulden auf den Nachlaß als Deckungsfond beschränkt. Darum

1) cf. Casso p. 12, Bechmann p. 10 und die dort Angeführten.
2) A. p. 153 A. 1.
3) Br. § 97 p. 529, anschließend Casso p. 12, Bechmann p. 10.
4) Ih. G. d. r. R. II 2 p. 313 ff.

findet sich auch in der Verordnung kein Wort, welches auf eine Aenderung der Universalsuccession hindeuten könnte. Als neu wird lediglich hervorgehoben, daß das in solidem secundum antiqua iura teneri durch das novum beneficium vermieden werden könne.

Anhang.

Überblick über den Charakter der ruhenden Erbschaft im römischen Recht.

Für die Konstruktion der hereditas iacens des klassischen Rechts kommen 3 Regeln[1]) in Betracht:

---

1) Auf Grund dieser Sätze sind mannigfache Versuche zur Konstruktion der hereditas iacens unternommen worden. In neuerer Zeit stellte Savigny (System II § 102 p. 363 ff.) die Ansicht auf, die ruhende Erbschaft sei auch im Sinne der Römer keine juristische Person gewesen (p. 372). Die Fiktion habe sich auf die Erleichterung gewisser Erwerbungen durch Erbschaftssklaven beschränkt (p. 373). Die beiden verschiedenen Ausdrücke, die Erbschaft stelle eine Person vor und habe die Herrschaft über sich selbst sowie die Erbschaft stelle den Verstorbenen dar, nicht den noch unbekannten Erben, seien gleichbedeutend und bildeten nur den Gegensatz gegen das natürliche Verhältnis, nach welchem die Erbschaft schon jetzt dem unbekannten Erben wirklich gehöre (p. 365/66). Ihm gegenüber behauptete Puchta (cf. Windscheid. K. Ü. p. 181 A. 3), die Erbschaft sei juristische Person; die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers dauere in dem hinterlassenen Vermögen fort (hereditas personam defuncti sustinet) und gehe auf den Erben über (P. § 466 p. 641 Vorl. § 447 p. 288/90, J. § 191 N. 7). Nur durch dieses Fundamentalprinzip des Erbrechts würden die Obligationen aufrecht erhalten (Vorl. a. a. O.). Die Bedeutung der Zurückziehung des Erbschaftsantritts liege darin, daß sie den Eintritt der Wirkung bestimme, welchen der Erwerb des Erbrechts habe, nicht die Wirkung anderer Erwerbungen (Vorl. p. 297). An Puchta schlossen sich zunächst mit mehr oder weniger Abweichungen (cf. Windscheid K. Ü. p. 181 ff.) an: Ihering (Abh. N. 3), v. Scheurl (Beiträge 1. H. N. 2, dagegen Pagenstecher a. a. O.) und Schirmer (de tribus regulis etc.) Unberührt von seiner Lehre blieben Mühlenbruch, Pfeifer, Stintzing, Pernice. Mühlenbruch (p. 49 ff.), Stintzing (p. 27). Pernice (p. 374 N. 19) sehen in den Quellen die Spuren von 4 verschiedenen Ansichten über die her. iac. Jedoch ist nach Mühlenbruch (p. 53) und auch nach Pfeifer (p. 152) die Fiktion der Persönlichkeit zunächst auf die Erbschaft selbst zu beziehen. Die Gegner der Puchtaschen Meinung betonten zumeist, es sei naturgemäß und im römischen Recht anerkannt, daß die Rechte nach dem Tod des Erblassers subjektlos fortbestünden. Die Fiktion habe gar nicht die Kraft ein neues Rechtssubjekt zu schaffen, sondern drücke nur die juristische Gleichbehandlung tatsächlich verschiedener Verhältnisse aus. So zuerst Windscheid a. a. O. und gegen Kuntze, der die Theorie Puchtas gegen seinen Angriff verteidigte (§ 94, 95 p. 375/84), im Anhang zu seiner actio (p. 233/38); cf. auch Pand. III § 531. Nach ihm steht die Erbschaft an Stelle eines menschlichen Individuums und zwar des Erblassers (h. personam defuncti sustinet K. Ü. p. 191) und hat juristische Persönlichkeit in beschränktem Umfang (K. Ü. p. 192/3). Von der gleichen Grundlage ausgehend, trat gegen beide, besonders gegen Kuntze auf Demelius (die Rechtsfiktion p. 84 ff. und Über fingierte Persönlichkeit p. 183 ff.), der die Erbschaft als Zweckvermögen erklärte. Der Zweck bestehe in der Konservierung eines Personenvermögens nach dem Wegfall der Person. Diesem Zwecke gemäß werde die Erbschaft, obwohl einstweilen Zweckvermögen, doch als Per-

I. Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt (Gaius l. 1 pr. D. de rer. div. 1,8).[1])

sonenvermögen behandelt (Ü. fing. Pers. p. 134). Von anderem Gesichtspunkt aus hat Lasalle (System der erworbenen Rechte Bd. II, Wesen des römischen und germanischen Erbrechts) die Idee des Übergangs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit angegriffen: durch sie werde der eigentliche Begriff der Erbfolge umgestoßen. Die Persönlichkeit, welche auf den Erben übergehen solle, werde vom Vermögen verschlungen. Nach römischer Lehre werde nur die Person übertragen, vom Vermögen sei nicht die Rede. Auf den Boden der Lehre Puchtas stellten sich indes außer den von Windscheid (P. § 528 A. 4) Zitierten: Arndts, Keller, Vering, Neuner, Pfaff-Hofmann auch Dworzak (p. 219 ff.) und Marcusen, der sich (§ 35/37 p. 98/109) eng an Ihering anschloß (gegen ihn Werner Freund a. a. O.). Ihering und v. Scheurl haben sie später aufgegeben (cf. Windscheid P. a. a. O. und § 531 A. 8), ebenso Schirmer (Handbuch § 3 p. 13/25). Heutzutage ist sie als irrig erkannt. Ausgehend vom subjektlosen Fortbestand der Erbschaft und der Unfähigkeit der Fiktion ein neues Rechtssubjekt zu schaffen, haben Brinz, Bruns und Kœppen die juristische Persönlichkeit der Erbschaft angegriffen. Brinz (P. I § 60/61, III § 364) erklärt die her. iac. als Zweckvermögen; die her. im Sinne der Erbfolge werde personifiziert. Bruns (§ 93 p. 523/4) unterscheidet die Erbschaft vom Zweckvermögen. Von einer juristischen Persönlichkeit der Erbschaft sei keine Rede bei den Römern. Gerade in dem personae vice fungi liege der Gedanke, man brauche keine Person, keine Fiktion, der einfache Begriff des Vermögens halte die Sachen und Rechte zusammen wie eine Person. Kœppen (L. § 2 p. 45 ff.) begründet durch Aufstellung eines neuen Begriffs des subjektiven Rechts den Bestand subjektloser Rechte. Auch er leugnet, daß das römische Recht juristische Personen kenne. Die ruhende Erbschaft fungiere nur an Stelle einer physischen Person. Die Ausdrücke personae vice fungi und pro domino haberi seien nur die bildliche Fassung des Satzes: hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, welcher durch den Zusatz non heredis futuri, sed defuncti eingeschränkt werde. Dagegen nimmt Wächter (P. II § 270) an, daß ein Rechtssubjekt gebildet werden müsse um den Nachlaß in seiner Integrität zu erhalten, und bezeichnet die Erbschaft als eine Person, welcher das Vermögen gehöre und welche den Erblasser gleichsam vertrete. Ebenso Seuffert und Baron an den von Brinz (§ 364 A. 38) angegebenen Orten. Unger (§ 7 A. 5, 7, 8, 12, 13) erkennt zwar den subjektlosen Fortbestand des Erbvermögens trotz Fiktion an, verteidigt aber den Ausdruck „juristische Persönlichkeit." Durch das objektive Recht werde der Inhalt von Recht und Pflicht gleichsam als Niederschlag substantiiert, durch Anknüpfung des subjektlosen Vermögens an ein ideelles Subjekt werde der Anschauung entsprochen, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche bestehen, auch jemand zustehen (A. 5). Durch diese rein wissenschaftliche Fiktion der juristischen Persönlichkeit finde somit eine Subjektivierung des objektivierten Vermögens statt (A. 7). Die Ausdrücke „Die Erbschaft ist herrenlos" und „die Erbschaft ist Herr der erbschaftlichen Rechte, Verbindlichkeiten und Geschäfte" bezeichneten ein und dasselbe Verhältnis nur vom verschiedenen Standpunkt.

1) cf. Labeo: l. 9 D. de naut. faen. 22,2, Ulp. l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43,24, Javolenus: l. 64 D. de her. inst. 28,5 gegenüber l. 36 D. de stip. serv. 45,3, Pomponius: l. 10 D. ut leg. 36,4, l. 24 D. de nov. 46,2, Gaius: l. 21 (22) de neg. gest. 3,5, Ulpianus: l. 3 § 6 D. de neg. gest. 3,5, l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. 9,2, l. 11 pr. D. de pec. const. 13,5, l. 3 pr. D. de pec. 15,1, l. 9 § 1 de iure dot. 23,3 (dagegen Dworzak p. 228), l. 1 pr. D. de succ. ed. 38,9, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43,24, Paulus l. 77 D. de. v. o. 45,1, l. 6 D. exp. her. 47,19.

II. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur (Florentinus l. 54 D. de a. v. o. h. 29,2)[1].

III. a) Hereditas dominae locum obtinet (Ulpian. l. 13 § 5 quod vi aut clam 43,24).[2])

b) Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet (Ulpian. l. 34 D. de a. r. d. 41,1).[3])

Der erste Satz drückt den rein tatsächlichen Zustand, die Herren-, nicht die Rechtlosigkeit der Erbschaft, aus.

Für das ältere Recht ist daraus in Verbindung mit der usucapio pro herede und der Regel: rei hereditariae furtum non fit gefolgert worden, dass die ruhende Erbschaft damals rechtlos gewesen sei.[4])

Es ist unwahrscheinlich, dass die Römer, welche so frühzeitig des Intestat- und Testamentserbrecht ausgebildet haben, die Natur der hereditas iacens lange nicht erkannt hätten. Gerade die ältere usucapio pro herede spricht dafür: sie war ein in einfachen Verhältnissen unschädlicher Zwang für den Erbberechtigten zu schleunigem Antritt und bot Ersatzerben im Interesse der „himmlischen und irdischen Gläubiger". Dabei war das Interesse des Berechtigten geschont, indem erst einjähriger Usucapionsbesitz zur Ersitzung der Erbenstellung führte.[5]) Der gewollte Eingriff von Fremden in die

---

1) cf. Cassius: Gaius l. 28 § 4 de stip. serv. 45,3 Celsus l. 193 D. de div. reg. i. a. 50,17. Paulus l. 138 D. de div. reg. i. a. 50,17.

2) cf. Gaius l. 81 § 1 D. de her. inst. 28,5, Ulpian. l. 13 § 2 D. ad leg Aq. 9,2, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43,24, l. 1 § 1 D. si is qui test. 47,4, Pomponius l. 15 pr. D. de interrog. 11,1, Hermogenianus l. 61 D. de a. r. d. 41,1, Dioclet. et Max. l. 9 C. dep. 4,34; im gleichen Sinne personae vice fungitur: Marcellus in Paul. l. 15 pr. de usurp. 41,3, Florentinus l. 22. de fidei. et mand. 46,1.

3) cf. Pomponius l. 24 de nov. 46,2, Gaius l. 31 § 1 de her. inst. 28,5, Florentin. l. 116 § 3 de leg. 30, Ulpian. l. 33 § 2, l. 34 D. de a. r. d. 41,1; § 2 J. de h. i. 2,14, pr. J. de stip. serv. 3,17.

4) So u. a. Ihering G. d. r. R. III p. 426. anders Abh. p. 166; Stintzing p. 24/31, Vering p. 18 für die älteste Zeit. Dagegen Schirmer p. 56/72, Dworzak p. 227.

5) Gaius II 52 ff.; cf. Hölder, die Haftung für die sacra VIII p. 137/151.

Erbschaft konnte also nicht widerrechtlich sein, insbesondere die occupatio beweglicher Sachen zum Zwecke der usucapio nicht als furtum gelten.[1]) Erst in zweiter Linie war furtum auch wegen Mangels eines dominus unmöglich.[2]) Und dieser Grund blieb, auch nachdem später der Eingriff als Delikt betrachtet wurde.

Dieser Umschwung der Anschauung kam mit den Veränderungen des zur Weltstadt entwickelten Rom in wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und moralischer Beziehung.[3]) Die usucapio p. h., für eine aus körperlichen Gegenständen bestehende Erbschaft geschaffen, liess sich beibehalten, als diese auch die unbeweglichen Sachen mitumfasste. Der Ausdehnung des Vermögens- und Erbschaftsbegriffs auf die actiones konnte sie nicht folgen. Deshalb wurde sie gegen das Ende der Republik eine Ersitzung von Erbschaftssachen, wobei die einjährige Ersitzungsfrist blieb.[4]) So war sie nur mehr ein Druck auf den Erben, welcher bei den unübersichtlichen Verhältnissen der genug Leute mit weitem Gewissen bergenden Großstadt als ungerecht (improba) empfunden werden musste.[5]) Ein Kampf gegen sie erhob sich:

---

1) Gaius III 201: rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres exstet.

2) Gaius III 195: furtum fit, cum quis rem alienam invito domino contrectat, Paul. l. 6. D. exp. her. 47,19: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est. Stintzing p. 24/31 hat eingewendet, daß die Grundsätze über das furtum das prius, die usucapio p. h. nur ihre Konsequenz seien. Der Begriff des furtum mag der usucapio p. h. vorangegangen sein. Wenn wegen des Mangels eines dominus ein furtum nicht begangen werden konnte, der Eingriff aber als widerrechtlich erschien, so hätte man wie später ein besonderes Delikt aufstellen können.

3) cf. auch Löhr p. 86.

4) cf. Pernice Labeo p. 327/28 N. 6,18; Keller J. § 274 p. 250. Marcusen § 6 p. 16/18. Abweichende, unter sich verschiedene Ansichten vertreten: Pagenstecher p. 36, Schirmer die Grundidee p. 67/68, Vering p. 18, Leist in Glücks Kommentar Bd. 37 p. 178/79; Hölder VII p. 129/136 sucht nachzuweisen, daß die usucapio p. h. immer nur eine Ersitzung von Erbschaftssachen gewesen sei und der Wechsel der Auffassung nicht auf einer Änderung des Rechts, sondern auf dem Fortschritt der Erkenntnis beruht habe.

5) Das Urteil des Gaius II 56 bezieht sich auch auf die Vergangenheit, er scheint die Brauchbarkeit der usucapio p. h. in früherer Zeit nicht erkannt zu haben.

a) Zunächst wurde die Wirkung der vollendeten usucapio p. h. beseitigt, indem diese gegenüber dem Erben [1]) und bonorum possessor [2]) als nicht geschehen betrachtet wurde.

b) Diese Maßregel war kein genügender Schutz. Die usucapio konnte jeder beginnen; er riskierte nur eine ergriffene Erbschaftssache, auch wenn sie ersessen war, wieder zu verlieren. Der Zugriff selbst war kein Delikt. In dieser Zeit ist wohl die Frage erörtert worden, ob der Eingriff in eine Erbschaft nicht als furtum aufgefaßt werden könne. [3]) Allein der Mangel eines dominus hinderte die Anwendung. Andere haben behauptet, daß ein furtum wegen des Fehlens eines Besitzers (da weder die Erbschaft noch der zukünftige Erbe besitze) unmöglich gewesen sei. [4]) Ihering u. a. folgern dies aus dem Umstande, daß nur die erworbene Erbschaft, welche der heres extraneus in Besitz genommen habe, gegen furtum geschützt worden sei. Aber Besitz war überhaupt für Diebstahl nach römischem Recht nicht Voraussetzung. [5]) Dernburg [6]) und besonders Unger [6]) haben darauf hingewiesen, daß Diebstahl an besitzlosen Sachen möglich war. Auch war ja die noch nicht in Besitz genommene Erbschaft des suus gegen furtum geschützt. [7]) Nach Dernburg und

---

1) Durch ein SC. ex auct. Hadriani. Gaius II 57, l. 20 § 6 de h. p. 5,3.

2) Durch das interdictum quorum bonorum. Gaius IV 144, l. 1 pr. D. quor. bon. 43,2.

3) An erbschaftlichen Gegenständen, welche vom Erblasser als pignus oder zur Leihe gegeben waren oder an denen fremder Nießbrauch bestand, ließ man furtum zu. Die actio furti hatte eben jeder Interessent (Gaius III 195, l. 10/15 D. de furtis 47,2); deshalb gab man sie auch dem Erben in diesen Fällen (l. 69/71 D. de furt. 47,2); cf. Dernburg II § 130 A. 19 p. 338, Schirmer, die Grundidee p. 71 A. 43 a.

4) Scaevola l. 1 § 15 D. si is qui test. lib. 47,4; Savigny Syst. II p. 372 f.; Ihering G. d. r. R. III p. 426, anschließend Schirmer de trib. reg. p. 49; Pagenstecher p. 33; Dworzak p. 227; Marcusen § 4 p. 10; dagegen Mühlenbruch 43 Bd. p. 48, Hölder VII p. 132/133, Schirmer Handbuch p. 20/21.

5) cf. p. 72 A. 2.

6) D. III § 61 A. 4, U. § 7 A. 15.

7) Bei Vorhandensein eines heres suus entstand zwar eine hereditas, aber da sie im gleichen Augenblick erworben wurde, keine hereditas iacens, daher war usucapio p. h. auch ohne Besitzergreifung ipso iure ausgeschlossen (Gaius II 58, III 201, Diocl. et Max. l. 2 C. de usuc. p. h. 7, 29).

Hölder[1]) beweist der Satz nur, daß man in ältester Zeit den Erwerb der Nachlaßsachen durch den Erben erst mit der Besitzergreifung als vollendet ansah. Auch das ist nicht richtig. Nur eine res hereditaria sollte ersessen werden können. Die res hereditaria aber hörte mit dem Antritt des Erben auf eine solche zu sein. Der Grund ist vielmehr folgender: Die ursprünglich einzige Form des Erwerbs der her. iac. war das adire, das körperliche Herantreten an die Erbschaft: in ältester Zeit sind Antritt und Besitzergreifung der Erbschaft identisch. Nach Gaius (II 58) wurde usucapio p. h. durch das adire ausgeschlossen (quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri) und die Möglichkeit eines furtum begründet. Später als die grobsinnliche Auffassung der Rechte, nach der Erwerb des Rechts mit dem Erwerb der Sache sich deckte, verfeinert wurde, konnte Antritt und Besitzergreifung auseinanderfallen. Nun hätten mit dem Augenblick des Antritts die genannten Rechtsfolgen eintreten sollen. Allein wenn dieser in animo beruhte, war er für Dritte nicht klar zu erkennen, während man doch für die Ausschließung der usucapio p. h. eine deutliche Grenze brauchte. Ein Zugriff auf Erbschaftssachen wurde erst dann widerrechtlich, wenn der Dritte vom vollzogenen Antritt Kenntnis haben konnte. Dieser Zeitpunkt war die Besitzergreifung der Erbschaft. Daher blieb es bei diesem Erfordernis — eine Ausnahme zu gunsten der usucapio p. h.

Nachdem also furtum an res hereditariae nicht möglich war mangels eines dominus, mußte ein anderer Ausweg gefunden werden. Eine oratio Marc Aurels gab als Ersatz die accusatio expilatae hereditatis extra ordinem.[2])

---

1) H. VII p. 133 A. 5.

2) l. 1. 2 § 1 D. exp. her. 47,19. Bezeichnend ist die Art der Hilfe: Die Möglichkeit der usucapio p. h. an res hereditariae wurde nicht ausgeschlossen (anders Marcusen § 10 p. 28), sondern belassen, aber mit öffentlicher Strafe belegt. Ein crimen publicum war der Zugriff nicht, die Klage konnte nur der Erbe anstellen. Paul. l. 3 D. de extr. cr. 47,11; die actio poenalis konkurriert elektiv mit der hered. petitio (Rescript des Sept. Severus und Antoninus in Març. l. 3 D. exp. her. 47,19).

Gerade die usucapio p. h. beweist, daß das ältere Recht die Beziehung der ruhenden Erbschaft zum Erben erkannte, vielleicht aber zu wenig berücksichtigte.

Ebenso bezeichneten die Juristen der Kaiserzeit mit den Worten „res hereditariae nullius sunt“ nur den faktischen, nicht den rechtlichen Zustand der Erbschaft und der Schulden. Labeo, Javolen, Gaius, Ulpian, Paulus gebrauchten sie. Daß derartige Äußerungen, wenn sie von Vertretern der her. iacens domina herrühren (Gaius, Ulpian, Paulus), nicht anders gefaßt werden können, liegt auf der Hand. Ulpian weist für beide Anschauungen die meisten Stellen auf. Aber auch die Juristen vor der Prägung der hereditas iacens domina, Labeo, Sabinus, Javolen, ließen die Erbschaft nicht auseinanderfallen und schutzlos sein, noch die Schulden untergehen.

1. Labeo entschied:

a) Das praedium einer ruhenden Erbschaft ist durch die actio quod vi aut clam nach Analogie des sepulcrum geschützt. Dabei bemerkte er ausdrücklich, daß der vorübergehende Mangel (quod eo tempore nemo dominus fuerit) für die Beurteilung der Frage nichts ausmache (l. 13 § 5 D. h. t. 43, 24).

b) Wegen Prügelung eines durch Testament freigelassenen Erbschaftssklaven während der hereditas iacens kann der Erbe die actio iniuriarum anstellen (l. 1 § 7 D. de iniur. et fam. lib. 47, 10).

c) Die Erbschaft ist des Erwerbes fähig durch Einsetzung eines Erbschaftssklaven als Erben (l. 65 (64) D. de h. i. 28, 5).

d) Die Schulden bleiben bestehen, so daß sogar für Nichteinhaltung eines Zahlungstermins die Vertragsstrafe verfällt (l. 9 D. de naut. faen. 22, 2).

2. Sabinus erklärte, daß ein fälliges Legat auch während der hereditas iacens geschuldet werde (l. 10 D. ut leg. 36, 3).

3. Javolenus sprach aus:

a) Forderungen der Erbschaft bestehen; ein Erbschaftssklave kann dafür Sicherheitsleistung durch Bürgen bekommen (l. 4 de div. temp. praescr. 44, 3).

b) Erbschaftssklaven können für die Erbschaft erwerben (l. 38 D. de leg. 31). Gültig ist die Erbeinsetzung des servus hereditarius, obwohl er nullius ist (l. 65 (64) D. de h. i. 28, 5).

Auch ließ er Stipulationen der Erbschaftssklaven zu, wie aus dem Gegensatz zu den ungültigen Stipulationen des servus derelictus ersichtlich ist (l 36. D. de stip. serv. 45,3).

Die genannten Juristen gingen also von der tatsächlichen Herrenlosigkeit der ruhenden Erbschaft aus; sie liessen Erbschaft und Schulden subjektlos ohne Vermittelung einer Fiktion weiterbestehen. Die Erbschaft behandelten sie als etwas Zusammengehöriges und Entwicklungsfähiges und gaben ihr rechtlichen Schutz.

Dieser Stellungnahme lag die Erkenntnis des Charakters der ruhenden Erbschaft zu grunde, wie ihn Javolenus in l. 36 ct. andeutete. Der Erbschaftssklave, schrieb er, werde durch das umfassende Recht der Erbschaft festgehalten, während der derelictus durch den Willen des Herrn von ihm losgelöst sei.

Brauchten sie da noch eine weitere Begründung? Labeo machte nur einmal einen Analogieschluß. Ihering (A. p. 168) allerdings hat aus l. 9 D. de naut. faen. 22,2 und l. 20 § 1 D. de cond. inst. 28,7 geschlossen, daß er die sogenannte retrotraktive Fiktion zur Anwendung gebracht habe. Indes ist in diesen Stellen von einer Zurückziehung des Erbschaftsantritts nicht die Rede.[1]) Hätte zu Labeos Zeit eine solche Fiktion bestanden, so hätte später nicht zwischen

1) Gegen Iherings Auslegung von l. 9 ct. cf. v. Scheurl p. 57, Windscheid K. Ü. p. 202/3 A. 2, Pernice Labeo p. 371/72, Marcusen p. 69/70; von l. 20 § 1 ct. (ebenso v. Scheurl p. 57) Windscheid K. Ü. 203 A. 2, Pernice Labeo p. 370.

Cassius und Proculus Streit entstehen können, ob ein Erbschaftssklave für den Erben gültig stipulieren könne (l. 28 § 4 de stip. 43,3).

Andere[1]) haben gemeint, daß die Entscheidungen der älteren Juristen nur auf Billigkeitsrücksichten beruhten. Allein diese finden ihre Begründung in der Auffassung der Erbschaft als eines selbständigen Vermögens. Dabei fragt sich noch, wie jene sich zur mangelnden Rechtsfähigkeit des Erbschaftssklaven stellten. Außer acht lassen konnten sie diese Schwierigkeit nicht. Hiefür scheint l. 65 (64) D. de h. i. 28,5 wichtig zu sein: Javolen berichtet dort, Labeo habe oft geschrieben, daß der servus eines postumus als Erbe eingesetzt werden könne, und dies mit dem schlagenden Beweis begründet, daß ein Erbschaftssklave vor Antritt der Erbschaft als Erbe eingesetzt werden könne, obwohl er zur Zeit der Testamentserrichtung niemand gehöre. Unter welchem Gesichtspunkt Labeo den servus des postumus analog dem servus hereditarius bei Vorhandensein eines extraneus behandeln konnte, ergibt sich aus § 2 J. de h. i. 2,14 und besonders aus der Paraphrase des Theophilus hiezu: *ἡ γὰρ κληρονομία μήπω* aditeu*θεῖσα πρόσωπον ἐπέχειν δοκεῖ τοῦ τελευτήσαντος, οὐ τοῦ ἐσομένου κληρονόμου. ὅτι γὰρ τοῦτο ἀληθές ἐστι δῆλον ἐντεῦθεν. ἐάν τις τελευτήσῃ παῖδα κυοφορούμενον καταλιπών, τὸν τοῦ τελευτήσαντος οἰκέτην καλῶς δύναμαι γράφειν κληρονόμον καὶ μήπω τεχθέντος τοῦ* postúmu, ... *καίτοι εἰ τὸ ἀσώματον τῆς κληρονομίας τὸ πρόσωπον ἐπεῖχε τοῦ ἐσομένου κληρονόμου, οὐκ ὀρθῶς ὁ* hereditários *οἰκέτης ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος ἐγράφετο κληρονόμος.* Theophilus bewies also aus der Möglichkeit den servus eines postumus zum Erben einzusetzen, daß die Erbschaft an Stelle des Erblassers, nicht des künftigem Erben stehe. In der Praxis bemaßen also diese Juristen die Rechtsfähigkeit des Erbschaftssklaven nach dem defunctus.

Auch das praetorische Edikt über die negotiorum gestio bei einer Erbschaft (l. 3 pr. D. de neg. gest. 3,5), welches

---

1) cf. z. B. Marcusen p. 69/77.

zu Labeos Zeit schon vorhanden war,[1]) setzte einerseits den Bestand der Erbschaft und der Schulden ohne Fiktion voraus, anderseits wies es auf den defunctus hin, indem die Frage, ob das negotium utiliter geführt sei,[2]) nach dem defunctus zu bemessen war.[3])

So wich Cassius von der Praxis ab, als er Stipulationen des Erbschaftssklaven für den Erben anerkannte. Er begründete seine Entscheidung: quia qui postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Diese Stelle mit einigen andern ist die Hauptstütze für die frühere Ansicht Iherings (Abh. p. 168), daß die ältere Jurisprudenz durch die von Julian verdrängte (A. p. 185) Fiktion der Zurückziehung des Antritts den Zustand der Herrenlosigkeit der Masse von rückwärts beseitigt habe (A. p. 167). Nach v. Scheurl (p. 52) wird der Erbe infolge der Retrotraktion des Antritts so angesehen, als habe er die Person des Erblassers, welche in der Erbschaft fortdauere, schon im Moment der Delation in sich aufgenommen.

Allein 1. der Satz: heres quandoque . . . hatte nicht diese Bedeutung[4]) und ist auch durch die sog. Julianische Fiktion nicht verdrängt worden; denn noch Paulus und Florentinus sprechen sich in den oben genannten Stellen so aus. Der Satz will nur den Erben, wann immer er antrete, als unmittelbaren Nachfolger des Erblassers darstellen — eine Betrachtungsweise im Augenblick des Antritts.

2. Wenn Cassius die Gültigkeit der Stipulationen des Erbschaftssklaven für den Erben mit diesem Satz begründete, so erklärte Proculus diese Verwendung für unwirksam: der Erbe sei zu jener Zeit extraneus. Er leugnete also die rückwirkende Kraft des Antritts. Cassius wollte nur neben

1) cf. die häufige Zitierung Labeos: l. 3 § 5. 9. l. 5 § 5 (3), 6 (4), 8 (6), l. 9 (10) § 1 D. h. t. 3,5.

2) l. 9 (10) § 1, l. 11 (12) § 2 D. de neg. gest. 3,5.

3) cf. Kœppen § 2 p. 50 A. 1. Nach der Erbschaft bemessen sie Schirmer Handbuch § 3 p. 20 A. 3 und anschließend Unger § 7 p. 40 N. 19.

4) So Schirmer de tr. reg. p. 41, Windscheid K. Ü. p. 203 ff., Brinz p. 41 A. 38.

der gewöhnlichen Form der Stipulationen von Erbschaftssklaven auch solche auf den Erben gestatten, nicht eine allgemein gültige Theorie vom Vorwirken des Erben aufstellen. Darum findet sich

a) weder ein allgemeiner Ausspruch, der sagen würde: hereditas heredis futuri vicem sustinet,[1])

b) noch ein anderer Anwendungsfall der Zurückziehung. Handelte es sich also um eine spezielle Ausnahme, so konnte noch Gaius (l. 28 § 4 de stip. serv. 45, 3) und Modestinus (l. 35 D. de stip. serv. 45, 3) unbeschadet der Anerkennung der herrschenden Lehre sie zulassen.

Diese Meinungsverschiedenheit scheint die theoretische Behandlung der hereditas iacens angeregt zu haben. Julian entnahm der Praxis seine Lehre, daß bei Rechtsgeschäften von Erbschaftssklaven (Stipulationen und Eigentumserwerb durch Tradition) auf testantis persona gesehen werden müsse (l. 33 § 2 D. de a. r. d. 41, 1). Sein Verdienst liegt also darin, in einer strittigen Frage das der Praxis zugrunde liegende Prinzip entwickelt zu haben.[2]) So war es selbstverständlich, daß seine Meinung siegte.

Von ihrer Entstehung aus ist die allgemeine Regel: hereditas personae defuncti[3]) vice fungitur zu beurteilen:

Daß hereditas den Nachlaß, nicht die Erbfolge bezeichnet, ist nach Stellen wie Florent. l. 116 § 3 de leg. 30 (hereditas personam defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur) klar.

---

1) Als solchen nehmen l. 24 D. de nov. 46,2 nach der Lesart der Florentina: ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet (Vulgata: illius, cuius) Ihering A. p. 186, Mühlenbruch 43. Bd. p. 52, Windscheid K. Ü. p. 192 A. 3. Andrer Meinung: Savigny p. 366 N. 1 e (nach der Vulg.), Vering p. 91 A. 2 und Koeppen § 2 p. 50 A. 1 (nach der Flor.) cf. Dworzak p. 230, Pernice Labeo p. 368 A. 30. Unrichtig sieht Unger § 6 A. 4 p. 27 den Satz als Ausdruck der unmittelbaren Nachfolge des Erben an unter falscher Anziehung von l. 22 D. de usurp. 41,3, welche sich nur auf die usucapio bezieht.

2) cf. auch Ihering A. p. 200, Dworzak p. 226.

3) Ulpian, der entschiedenste Vertreter dieser Theorie sagt: non heredis personae, sed defuncti (l. 34 D. de a. r. d. 41,1), sonst findet sich der Gegensatz nur § 2 J. de h. i. 2,14 und paraphr. Theoph. Er weist auf die ursprüngliche Aufstellung der Theorie gegen die Zurückziehung bei Stipulationen hin. Nach Dworzak p. 230/31 soll durch die Negation nur der Gegensatz hervorgehoben werden.

persona bedeutet Rolle und Person (= menschliches Individuum), niemals Rechtspersönlichkeit.[1] Nur in 3 Stellen (l. 24 D. de nov. 46, 2, l. 34 D. de a. r. d. 41, 1, l. 9 C. dep. 4, 34), in denen der Begriff der Stellvertretung (locum obtinere, vice fungi) fehlt, bedeutet persona Rolle, sonst die physische Person. Daß auch Flor. l. 22 D. de fid. et mand. 46, 1 so aufzufassen ist, beweist die vom gleichen Juristen stammende l. 116 § 3 D. de leg. 30 (hereditas personae defuncti vice fungitur).

Die Regel sagt also, daß die Erbschaft die Rolle des Erblassers spielt. Davon daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend gedacht wird, ist nicht die Rede. Im Gegenteil daraus, daß die Erbschaft an Stelle des Erblassers steht, ergibt sich, daß ihm keine zusammenhaltende Kraft beigelegt wird. Dasselbe bedeutet in allgemeiner Fassung[2] hereditas domina est oder personae vice fungitur: die Erbschaft ist Herrin, steht an Stelle *einer* physischen Person, ist selbständiges Vermögen. Deshalb werden auch dieselben Rechtsverhältnisse (Stipulationen und Erbeinsetzungen von Erbschaftssklaven) mit beiden Ausdrücken begründet[3] und gilt für beide die gleiche Beschränkung der Anwendung (in multis partibus iuris,[4]) in plerisque[5]) in quibusdam.[6]) So vereinigen sich leicht die 3 Sätze:

1. Der Nachlaß hat augenblicklich keinen physischen Herrn.
2. Der Nachlaß ist selbständiges Vermögen „an der Stelle und mit der Rechtsfähigkeit des Verstorbenen."[7])
3. Der antretende Erbe erscheint als unmittelbarer Nachfolger des Erblassers.

---

1) cf. Windscheid K. C. d. 192.

2) cf. Theoph. paraphr. zu pr. J. de stip. serv. 3,17: ***εἰ δὲ τετελεύτηκε καὶ οὔπω γέγονεν*** aditίων, ***ἡ κληρονομία δεσπόζει τοῦ οἰκέτου. ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γὰρ τὴν τάξιν ἐπέχει τοῦ προσώπου τοῦ τελευτήσαντος.*** So von seinem Standpunkt aus auch Dworzak p. 230.

3) cf. l. 61 D. de a. r. d. 41,1 mit pr. J. de stip. serv. 3,17, § 2 J. d. h. i. 2,14.

4) l. 61 D. de a. r. d. 41,1.

5) pr. J. de stip. serv. 3,17.

6) l. 15 pr. de usurp. 41,3.

7) Unger § 7 p. 28.

